BJÖRN AHLANDER

Om rätt och rättstillämpning

Studier i juridikens idéhistoria och rättstillämpningens teori

ALMQVIST & WIKSELL
STOCKHOLM

1952

OM RÄTT OCH RÄTTSTILLÄMPNING

Studier i juridikens idéhistoria och rättstillämpningens teori

AKADEMISK AVHANDLING

SOM MED TILLSTÅND AV VITTLAGFARNA JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA FÖR VINNANDE AV JURIS DOKTORSGRAD TILL OFFENTLIG GRANSKNING FRAMSTÄLLES Å UNIVERSITETETS LÄROSAL IX LÖRDAGEN DEN 23 FEBRUARI 1952 KL. 10 F. M.

AV

BJÖRN AHLANDER

JUR. OCH FIL. LIC. AV GÖTEBORGS NATION

UPPSALA 1952

ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI AB

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

BJÖRN AHLANDER

Om rätt och rättstillämpning

BJÖRN AHLANDER

OM RÄTT OCH RÄTTSTILLÄMPNING

Studier i juridikens idéhistoria och rättstillämpningens teori

ALMQVIST & WIKSELL · STOCKHOLM

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Almqvist & Wiksell
BOKTRYCKERIAKTIEBOLAG
UPPSALA 1952

Ur NÅGRA ALLMÄNNA REGLER, DÄR EN DOMARE SKALL SIG ALLDELES EFTER RÄTTA

1. Efter det att domaren förer Guds befallning till att döma rätt, därföre bör honom med all makt vinnlägga sig därom, att han vet vad rätt är: ty såsom han icke tjänar till en predikare, som icke vet vad i skriften står, och vad grund och mening däruti är, så tjänar han ock icke till en domare, som icke vet vad lagen innehåller, och vad grund och mening däruti är, och huru de brukas skola.

6. Domaren skall grant veta lagen, där han efter döma skall, ty lagen skall vara honom för en rättelse.

7. Alla lagar skola vara sådana, att de tjäna till det meniga bästa, och därföre då lagen bliver skadlig, så är det icke mera lag, utan olag, och bör avläggas.

8. En god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten. Där en ond och orättvis domare är, där hjälper god lag intet, ty han vränger och gör dem orätt efter sitt sinne.

9. Det rätt och skäl icke är, det kan icke heller vara lag; för de skäl som lagen haver med sig, gillas hon.

10. All lag bör med beskedlighet driven varda: förty högsta rätt är största orätt, och måste nåden vara med rätten.

11. Lagen gillar icke allt det hon icke straffar: förty all misshandel kan icke uppräknas i lagboken.

12. Domaren akte i all lag, vad hans uppsåt var som lagen gjorde, annars varder hon missbrukad och vändes till ett annat sinne, än hans mening var som lagen gjorde.

13. Den menige mans bästa är den yppersta lagen, och därföre det som finnes den menige man till nytta vara, det bör hållas för lag, ändock att beskriven lag efter orden synes annorlunda lyda.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548912_0082

INNEHÅLL

Inledning 9
De naturrättsliga åskådningarna 19
Den äldre naturrätten 19
Den rationalistiska naturrätten 25
Det naturrättsliga tänkandets upplösning 32
Den analytiska skolan 41
Code Civil och den exegetiska skolan 49
Savigny och den historiska skolan 56
Positivismen och begreppsjuridiken 66
Den rena rättsläran 74
Moderna naturrättsligt färgade åskådningar 78
Intressejuridiken 82
Frirättsskolan, den sociologiska juridiken och den amerikanska realismen 89
Uppsalafilosofien 103
Om rättstillämpningens och den juridiska tolkningens principiella problem 108
Allmänna semantiska synpunkter 108
Tolkning i rättstillämpningen 123
Till rättstillämpningens problematik 137
Förteckning över anförd litteratur 150
Person- och sakregister 158

Inledning

Frågan om rättens natur har av ålder spelat en central roll inom rättsfilosofien. Många juristers syn på rättstillämpningens problem är bestämd av deras åsikt härom. I rättsfilosofiens historia har dessa problem knutits fast till varandra. En teori om rättstillämpningen framställes ofta som en konsekvens av vissa åsikter om rättens natur, utan att teoriens upphovsman söker pröva den genom att studera hur det faktiskt går till, när rättsregler tillämpas.

Något logiskt tvingande skäl att sammankoppla dessa problem finns inte. Rättstillämpningens problematik kan mycket väl studeras utan anknytning till några spekulationer om rättens natur. I själva verket torde endast sådana studier kunna leda till fruktbara resultat. För att förstå äldre teorier om rättstillämpningen, måste man däremot inordna dem i deras sammanhang med de rättsteorier, ur vilka de vuxit fram.

Varje rättstillämpning innebär att en generell regel tillämpas på ett konkret sakförhållande. Den generella regeln kan vara given genom lagstiftning men den kan också ha uppkommit genom domstolspraxis. Om domaren inte med stöd av lag och rättspraxis kan klarlägga rättens innehåll med avseende på ett konkret sakförhållande, tvingas han avgöra det enskilda fallet under åberopande av »sakens natur» e. d.

Rättstillämpningen erbjuder delvis andra problem, om rättsordningen väsentligen vilar på lagstiftning än om den i huvudsak bygger på en av domstolarna skapad sedvanerätt. I kontinentaleuropeisk rätt spelar lagstiftningen en dominerande roll, medan den engelsk-amerikanska rätten väsentligen vilar på sedvanerättslig grund. I kontinentaleuropeiska länder koncentreras det juridiska intresset till skrivna lagar, medan jurister

i England och USA främst inriktar sig på att studera prejudikat. Detta medför stora skillnader i fråga om praktisk juridisk arbetsmetod. Den kontinentale juristen känner sig lätt hjälplös i de väldiga bibliotek, som sätter hans anglosachsiske kollega i stånd att spåra upp de prejudikat han vill studera. Denne å sin sida känner sig ofta en smula främmande för de subtila metoder, med vars hjälp kontinentala jurister kan anpassa en alltför schematisk lagregel eller ett föråldrat stadgande efter förändrade sociala, ekonomiska och politiska omständigheter.

De principiella problemen inom rättstillämpningen är emellertid mera likartade än dessa iögonenfallande olikheter ger vid handen. Prejudikatens ställning i kontinental rätt är starkare än den officiella traditionen medger och det vore oriktigt att underskatta lagstiftningens betydelse i England och USA.[1] Både inom den kontinentala och den anglosachsiska rättens ram har också utvecklats tämligen likartade principiella åsikter om rättstillämpningens innebörd.

Enligt dessa åsikter innebär rättstillämpning ingenting annat än att juristen tar reda på rättsreglernas innehåll och sedan låter sitt handlande bestämmas av kunskapen härom. Lagtolkningen är en del av denna verksamhet. Den betecknar sättet att gå till väga för att ta reda på innebörden av lagregler. Enligt dessa åsikter finns det ingenting personligt och godtyckligt inom rättstillämpningen. Varje dom är blott en tillämpning på en konkret situation av en redan förefintlig generell rättsregel.

Detta sätt att se på saken var naturligt i en tid, då rätten omgavs med en vördnad som anses tillkomma något gudomligt. Det var naturligt, då släkte efter släkte böjde sig för folkets uråldriga gemensamma rätt som med ett magiskt band förpliktade alla. Det var också naturligt för de maktsträvande furstarna, för vilka en självständig domarkår utgjorde ett hot

[1] Jfr Germann i Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1949 s. 300 ff. och Friedmann, Legal Theory s. 332 ff.

mot deras egen makt. Det var slutligen naturligt för de parlamentariska, republikanska och demokratiska strömningar, som i domarens bundenhet vid lagen såg den väsentliga garantien för rättssäkerheten.

Teorierna om rättstillämpning och lagtolkning har därför utarbetats såsom en ideologisk rationalisering av den juridiska verksamheten. Under skydd av dem och med åberopande av lagtolkningsprinciperna har juristerna under århundraden kunnat handskas med rättens regler och anpassa dem efter sina etiska och politiska värderingar utan att behöva erkänna detta för sig själva eller andra. Att de lyckats härmed beror på att de omfattat sådana värderingar, som varit gängse i maktägande eller tongivande grupper inom samhället.

Den juridiska verksamheten måste söka tillgodose de oförenliga krav som ställs på rätten. Dels skall rätten vara konstant: dess regler skall alltid tillämpas likformigt. Dels skall den vara föränderlig: dess regler skall anpassas efter nya ekonomiska, politiska och sociala situationer. Juristerna försöker komma till rätta med dessa krav genom att bevara rättens gamla välkända ord men förändra deras betydelse. Detta sker både genom lagstiftning och genom rättstillämpning. Varje ny lag om t. ex. ett panträttsligt spörsmål förändrar betydelsen av ord som »pant», »panträtt», »panthavare» etc. På samma sätt verkar avgöranden i rättspraxis som blir prejudicerande. Juridiska termer av central vikt, sådana som »äganderätt», »nyttjanderätt», »brott», »fordran» etc. förändrar ständigt betydelse i *något* avseende genom på detta sätt skeende förändringar i det juridiska språkbruket.

Av två skäl förbises detta ofta. Det första är vanföreställningen att ett ord i alla sammanhang har samma betydelse. Det andra är att ett ord kan användas på ett oförändrat sätt i många sammanhang, trots att det i *andra* sammanhang börjat användas på ett nytt sätt.

Att nya företeelser på detta sätt kan samlas upp i gamla

och välkända fack är av stor betydelse för en samhällsordnings stabilitet och fortbestånd. Att juridiska termer kan skifta i betydelse gör det nämligen möjligt för ett samhälle att successivt och på relativt fredliga vägar anpassa sig efter växlande ekonomiska och sociala förhållanden. Denna omständighet måste beaktas i varje diskussion av rättstillämpningens problem.

I tanken att rättstillämpningen vore en verksamhet, helt bestämd av kunskapen om rättens innehåll, trodde sig äldre jurister ha funnit en garanti mot subjektivitet, godtycke, lagvrängning och maktmissbruk. Den juridiska argumentationen tänktes vara av samma typ som den vetenskapliga och dess objektivitet likartad med vetenskapernas. Sedan det värderande, personliga och viljemässiga inom rättstillämpningen vunnit erkännande, söker man numera skapa andra än teoretiska garantier för enhetlighet och likformighet i rättstillämpningen samtidigt som man vill underlätta en smidig och ändamålsenlig anpassning efter förändrade faktiska omständigheter.

Det är svårt att veta i hur hög grad lagtolkningsprinciperna i äldre tider uppfattats såsom en metod för domare och andra att rationalisera ställningstaganden, som i realiteten bestämts av deras etiska och politiska värderingar. Det kan inte förnekas att lagstiftare och politiska makthavare överhuvud ofta anat eller känt till detta. Redan kejsare Konstantin förbjöd domarna att avvika från givna regler under åberopande av rättvisan och billigheten.[2] Denna befogenhet reserverades för kejsaren. I senare förordningar förklarades det också vara dennes uppgift att avlägsna otydligheter i lagtexterna. Domarna ålades att vid tvivel om en lagregels innebörd vända sig till kejsaren för att inhämta besked härom.[3]

Justinianus gick ännu längre. »Vem kan», skrev han, »lösa

[2] Codex L. I. Tit. 14. 1.
[3] Codex L. I. Tit. 14. 9.

lagens gåta och göra den tillgänglig om inte den som ensam har befogenhet att stifta lag.»[4] Han förbjöd därför all privat tolkning av lagarna. Denna drastiska åtgärd var dock inte nog för honom. Han tog steget fullt ut och förklarade all rättsvetenskap och all teoretisk juridik olaglig.[5] Juristerna förbjöds att skriva böcker, särskilt kommentarer till lagarna. Domarna ålades strängeligen att i tvivelaktiga fall vända sig till kejsaren för att inhämta hans åsikt.

Den ordningen att domaren vid tvivel om en lags mening skall vända sig till lagstiftaren brukar kallas »référé législatif». Den återkommer i flera senare lagverk. Ludvig XIV förbjöd domstolarna att tolka lagarna. De ålades att i stället lägga fram saken för kungen och inhämta hans åsikt.[6] Liknande bestämmelser fanns i de österrikiska lagar som tillkom under slutet av 1700-talet.[7] I Preussen förenades däremot »référé législatif» med ett annat tillvägagångssätt.[8] Vid tvivel om en lags mening skulle domaren rådfråga en särskilt tillsatt lagkommission. Om han däremot i ett visst fall ansåg att det saknades en tillämplig regel skulle han döma med stöd av de allmänna rättsgrundsatser, som kommit till uttryck i den preussiska lagen. Därefter skulle han omedelbart göra chefen för justitiedepartementet uppmärksam på vad han ansåg utgöra en brist i lagen. Utfärdades på grund härav en ny lag skulle den inte få ges retroaktiv verkan.

»Référé législatif» omhuldades också av den franska revolutionens ledare. Domarna ålades att vända sig till lagstiftaren var gång de var tvungna »att tolka en lag eller göra en ny».[9] Bakom dessa regler låg Montesquieus maktfördelningslära. Det

---

[4] Codex L. I. Tit. 14. 12.
[5] Codex L. I. Tit. 17.
[6] Ordonnance civile touchant la réformation de la justice 1667 Tit. 1. Art. 7.
[7] Allgemeine Gerichtsordnung 1781 § 437.
[8] Allgemeines Landrecht 1794 §§ 47—51.
[9] Loi sur l'organisation judiciaire 1790 Tit. II Art. 12.

förmenades vara ett maktmissbruk från domarens sida att på något sätt förändra det bestående rättsystemet. Blir lagarnas tillämpning beroende av »tolkning ... (d. v. s.) av enskild vilja, då står människan inte längre under skydd av lagen utan ... (är underkastad) tolkarens makt».[1]

Sådana tankar spelade stor roll vid tillkomsten av Code Civil. Napoleons egen inställning till den nya lagen skilde sig inte mycket från den som präglat Justinianus. »Min lag är förlorad», lär han ha utropat då han fick veta att den första lagkommentaren blivit utgiven.[2] De män som skapade Code Civil delade emellertid inte denna inställning. De var medvetna om att de formulerade generella regler, vilkas tillämpning i enskilda fall kunde vålla tvekan. De visste att en lag aldrig kunde göras fullständig. Code Civil sökte de göra så fullständig som möjligt och därefter överlämnade de åt domarna att göra nya regler och förbättra de gamla med stöd av sitt förnuft och sina föreställningar om rättvisan. De hänvisade dem m. a. o. till de naturrättsliga principerna. Den skrivna lagen var visserligen ofullständig, men de föreställde sig att rättssystemet var ett utflöde ur dessa principer och därför likväl var fullständigt. All rättstillämpning tänktes därför bestå i att domaren tog reda på innebörden av rättens regler och lät sitt handlande bestämmas av kunskapen härom. Domaren förbjöds därför uttryckligen att vägra avkunna en dom under förevändning att lagen skulle vara ofullständig eller otydlig.[3] I ett sådant rättssystem fanns ingen plats för »référé législatif». Detta försvann också tämligen snart även i Preussen och Österrike.[4]

Dessa problem är desamma som moderna lagstiftare brottats

---

[1] Uttalande i konstituerande nationalförsamlingen 1789. Citerat efter Lukas i Festskrift för Laband s. 416.

[2] Gaudemet, L'interprétaton du Code Civil en France s. 13.

[3] Code Civil Art. 4. »Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.»

[4] Lukas s. 422 ff.

med. Den schweiziska civillagen ger i sin första artikel domaren uttrycklig befogenhet att, när han så finner erforderligt, uppställa nya rättsregler.[5] Kan han inte finna en direkt tillämplig regel i lagen måste han söka att genom tolkning nå fram till lagens mening. Skulle denna visa sig oklar får han åberopa rättspraxis och rättsvetenskapens teorier. I sista hand får han själv göra en ny regel som om han vore lagstiftare. Lagen bestämmer emellertid inte vad som skall avses med tolkning. Detta överlåtes åt rättsvetenskap och rättspraxis.[6] Eftersom det råder oenighet härom drar stadgandet inte någon bestämd gräns mellan de teoretiska och de värderande momenten inom rättstillämpningen. Avgörande för hur gränsen skall dras är bl. a. om analogisluten skall anses utgöra tolkning. Härom råder skilda åsikter bland schweiziska jurister.[7]

Bakom nämnda artikel i den schweiziska civillagen ligger samma tanke som kommit till uttryck i den nyssberörda artikeln i Code Civil. Under påverkan av naturrättsliga föreställningar tänkte sig de schweiziska lagstiftarna rätten såsom en »entitet». Ingen domare fick »vägra att avkunna en dom under den förevändningen att det skulle finnas en lucka i det rättsliga regelsystemet. Den skrivna lagen kan däremot innehålla luckor och vanligen rymmer den talrika sådana.»[8] Det heter vidare i motiven till lagen att all rättstillämpning »för-

[5] Schweiziska civillagen Art. 1. Denna lyder i lagtextens tyska version: »Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.»

[6] Exposé des motifs de l'avant-projet du Departement fédéral de Justice et de Police s. 29.

[7] Gmür i Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I s. 42; Lucien-Brun, Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code Civil Suisse s. 20. Jfr även uttalanden i praxis t. ex. Journal des Tribunaux 1922 s. 621 och 1950 s. 393.

[8] Exposé des motifs s. 29.

utsätter *existensen* av en norm, enligt vilken domaren bedömer fakta i ett givet fall».[9] På ett annat ställe sägs emellertid att rätten *bör vara* fullständig — inte att den *är* det — och att domaren därför skall inom det förefintliga regelsystemets ram skapa en norm som han anser förnuftig.[1]

Här rör man sig med två skilda tankegångar. Den ena är den från naturrätten hämtade åsikten att rätten är fullständig så att all rättstillämpning består i att skaffa sig kunskap om rättens innehåll och sedan låta sitt handlande bestämmas därav. I sådant fall kan det sägas att all rättstillämpning förutsätter existensen av en norm, enligt vilken domaren bedömer fakta i ett enskilt fall. Hans enda uppgift blir då att *finna* denna norm och att på teoretisk väg ta reda på dess betydelse. Om något *rättsskapande* från hans sida kan det inte vara tal. Den andra tankegången innebär just detta: att domaren kan och måste göra nya rättsregler och förändra gamla.

Denna principiella oklarhet gör att artikeln inte kastat något egentligt ljus över rättstillämpningens och lagtolkningens problem. Artikelns praktiska betydelse får inte överskattas. Den åberopas tämligen sällan och domstolarna är restriktiva när det gäller att med stöd av den handla som om de vore lagstiftare.[2] Liksom domstolarna i andra länder döljer de den väsentliga delen av sin rättsskapande verksamhet genom tolkning och analogier av olika slag.

Det är tveksamt om det överhuvud tjänar något till att genom lagar utfärda föreskrifter för rättstillämpningen och lagtolkningen. Lagstiftare har ofta försökt men någon varaktig framgång har de inte haft. I våra dagar pågår ett nytt sådant experiment i de folkdemokratiska staterna. Här rör

---

[9] Ibid. s. 31. Kursiv. här.

[1] Ibid. s. 32. Kursiv här.

[2] Under tiden 1912—1941 åberopades Art. 1 i den schweiziska civillagen sammanlagt 49 gånger av förbundsdomstolen. Den vägrade i mer än hälften av dessa fall att utöva sin befogenhet att göra en ny rättsregel.

det sig dock inte enbart om att utfärda generella regler. De makthavande vidtar vid sidan härav effektiva åtgärder för att undanröja domstolarnas självständighet och binda dem vid de politiska organens vilja.

Lagstiftarna i det nuvarande Tjeckoslovakien anser sig vara i en position som de flesta lagstiftare troligen skulle avundas dem. Marxismen och leninismen säges nämligen ha satt dem i stånd att på ett »vetenskapligt, exakt och lättfattligt sätt uttrycka även de juridiska begrepp som den borgerliga rätten medvetet lämnat oklara och dunkla».[3]

Trots detta kan rättstillämpningen vålla vissa problem. I varje enskilt avgörande måste juristen främst tänka efter vad som gagnar »republiken och det arbetande folket». Hans uppgift är att försvara »statens och det arbetande folkets intressen» mot varje angrepp.[4] Alla domare måste gå ed på att följa lagar och förordningar och att »tolka dem i konstitutionens anda och i överensstämmelse med folkdemokratiska principer».[5] I den nya straffprocesslagen bestämmes vidare att domstolarna skall vara sammansatta av yrkesdomare och lekmän samt att de senare skall vara i majoritet. Varje ledamot har en röst och lekmännen kan därför överrösta yrkesdomarna. Detta säges utgöra en »garanti för det konsekventa försvaret av folkdemokratiens intressen».[6] Den är förmodligen ytterst effektiv, eftersom lekmannadomarna utses direkt av kommunistiska partiets organ. I syfte att än starkare binda rättstillämpningen vid de maktägandes vilja har man öppnat några »det arbetande folkets juristskolor» för att snabbutbilda yngre politiskt pålitliga personer, vilka skall ersätta de äldre i västerländska rättstraditioner skolade juristerna.[7]

---

[3] Čepička i Bulletin de droit tchécoslovaque Vol 8, 1950, s. 19.
[4] Ibid. s. 20 f.
[5] Tolar i Bulletin de droit tchécoslovaque s. 258.
[6] Ibid. s. 258 f.
[7] Čepička s. 21.

I ett land, där ett sådant experiment lyckas, erbjuder rättstillämpningen och lagtolkningen inga principiella problem av rättsfilosofiskt intresse. Domstolarnas beteende blir i ett sådant samhälle helt bestämt av mer eller mindre direkta underhandsdirektiv från de politiska instanserna eller från det statsbärande partiets organ. I samhällen med västerländska rättstraditioner framstår däremot en analys av rättstillämpningens och lagtolkningens problem såsom en av den allmänna rättslärans viktigaste uppgifter.

De naturrättsliga åskådningarna

DEN ÄLDRE NATURRÄTTEN

Redan i antiken spelade naturrättsliga åskådningar en framträdande roll. Motsättningen mellan det som ansågs ha sin grund i »naturen» och det som ansågs vila enbart på »konvention» intog en central plats i sofisternas diskussioner.[1] Även ARISTOTELES ansåg att varje rättssystem innehåller regler av två slag. Vissa är naturliga och har överallt samma giltighet oavsett om de synes människorna goda eller inte. Andra är skapade av människor. Deras innehåll är indifferent. De reglerar mindre viktiga förhållanden som naturrätten lämnat obestämda. De kan därför lika väl föreskriva ett visst mänskligt handlande som dess raka motsats.[2]

Sofisterna hade uppfattat naturen såsom någonting utanför människan, något som stod i motsättning till det som hade sin grund i enbart mänskligt handlande.[3] Hos Aristoteles och än mera i den stoiska filosofien fick ordet natur en annan innebörd. Det upphörde att beteckna enbart de lagar som ansågs bestämma vad som skedde i den yttre naturen. I stället tänktes det uttrycka en förnuftig, kosmisk princip, i vilken människan genom sitt förnuft hade del. Stoikerna lärde att människan genom att rätt bruka förnuftet kunde nå kunskap om de principer, som styrde världens gång och bestämde den naturliga rättens innehåll.[4]

---

[1] Burnet, Greek Philosophy s. 105 ff; Sabine, A history of Political Theory s. 29 ff.

[2] Aristoteles, Nik. Eth. bok V, kap. 10.

[3] Friedmann s. 18.

[4] Ibid. s. 19; Jodl, Geschichte der Ethik I s. 81 ff.

Denna åskådning övertogs av den romerska kulturen. Cicero ansåg att det fanns en enda, evig och oföränderlig rättsordning som förpliktade människorna i alla tider. »Den utfärdar inte en regel i Rom och en annan i Aten; inte heller innehåller den en regel i dag och en annan i morgon.»[5] De romerska juristerna kunde inte öppet åberopa den naturrätt de trodde på. Tron att det fanns en sådan satte emellertid djupa spår i deras verksamhet. Den hjälpte dem att utveckla *jus gentium*, som tillämpades i fråga om personer utan romerskt medborgarskap. Den inspirerade dem också när de förändrade och kompletterade den egentliga romerska rätten, de tolv tavlornas lag. Denna *jus civile*, som från början skapats i en liten småstat, omvandlades gradvis till ett rättssystem som kunde användas i ett högt organiserat världsrike.[6]

Under medeltiden uppfattades de naturrättsliga principerna allmänt såsom uttryck för Guds förnuft och Guds vilja. Thomas av Aquino skilde mellan fyra olika rättssystem: den eviga, den naturliga, den gudomliga och den mänskliga rätten. Den eviga rätten är Guds plan för skapelsen. Den utgör hans befallningar och forbud, riktade till allt skapat, såväl till levande varelser som till döda ting.[7] Ensam bland skapade varelser och ting kan människan på grund av sitt förnuft delvis förstå Guds plan för skapelsen. Denna återspegling i det mänskliga förnuftet av planen för skapelsen kallar Thomas den naturliga rätten.[8] Förnuftets begripande av den eviga rätten är emellertid så bristfälligt att människan inte enbart med dess hjälp kan få nödig vägledning för sitt handlande. Därför har Gud skänkt henne den gudomliga rätten, i vilken han genom uppenbarelser förtydligat dess principer.[9] Som exempel på en sådan uppen-

[5] Cicero, De Re Publica bok III, 22.

[6] Stone, The Province and Function of the Law s. 216 f.; Friedmann s. 20 f.

[7] Sancti Thomae Aquinitatis Opera omnia vol. 7, XCI Art. 1. och XCIII.

[8] Ibid. XCI Art. 2. och XCIV.

[9] Ibid. XCI Art. 4 och XCV—XCVI.

barad gudomlig rätt nämner Thomas den lag som Gud enligt gamla testamentet genom Moses gav till det judiska folket. Vidare räknar han dit andra regler och föreskrifter som kommit till uttryck i kristendomens heliga skrifter. Thomas tänker sig därför att människan vinner kunskap om den eviga rättens innehåll dels genom att bruka sitt förnuft och dels genom en religiös tro, som vilar på uppenbarelser. Någon konflikt mellan dessa båda vägar till kunskap om den eviga rättens innehåll kan enligt Thomas mening aldrig uppkomma.

De tre nu nämnda rättssystemen härleder sin giltighet från Guds förnuft och Guds vilja. De gäller för allt skapat. Den mänskliga rätten gäller däremot endast för människan. Några nya principer kan den mänskliga rätten inte ge upphov till. Den innebär endast en tillämpning på mänskliga förhållanden av principer hämtade ur de tre högre rättssystemen.[1] Dess giltighet kan därför i allmänhet härledas ur den giltighet som tillkommer dessa. Thomas medger dock att världsliga myndigheter av olika skäl kan förbjuda eller föreskriva handlingar som enligt de högre rättssystemen är indifferenta. Vid utfärdandet av sådana regler skall myndigheterna enligt hans mening låta sitt beslut dikteras av hänsyn till den allmänna nyttan.[2] Han räknar här med att det finns rättsregler, vilkas giltighet inte kan härledas ur de högre rättssystemen. Den självklara vördnad med vilken medeltidens människor betraktade rätten gjorde det likväl naturligt för Thomas att utan närmare diskussion godta dessa såsom rättsregler. Om de vilar på sedvanor eller om de tillkommit genom överenskommelse, tillmäter han dem rättslig kraft, såvida de inte strider mot naturrättsliga principer.[3] Sedvanor spelar överhuvud en betydande roll i hans rättslära. Han kallar dem »lagens uttolkare» och menar att de i vissa fall t. o. m. kan sätta lagar ur kraft.[4]

---

[1] Ibid. XCI Art. 3 och XCVIII.
[2] Ibid. XCVIII Art. 3.
[3] Ibid. XCVII Art. 3. [4] Ibid. XCVIII.

Den fortsatta rättsfilosofiska diskussionen rörde sig väsentligen om *jus naturale* och *jus positivum*. Med den förra termen avsågs den eviga, oföränderliga och överallt giltiga naturrätten. Med den senare avsågs regler som utfärdats eller godtagits av världsliga myndigheter i olika samhällen. *Jus positivum* ansågs blott utgöra av olika politiska och sociala förhållanden påkallade förtydliganden av *jus naturale*. Den positiva rättens giltighet ansågs komma från naturrättsliga principer. Om grunden för dessas egen giltighet rådde däremot oenighet. Under medeltiden härleddes den positiva rätten i allmänhet ur Guds förnuft och vilja. Senare förankrades den däremot i vissa förnuftsprinciper eller i den mänskliga naturen. Enigheten om att det fanns en högre naturlig rätt motsvarades ingalunda av någon enighet om dess innehåll. Naturrätten användes som motivering för de flesta krig, uppror och politiska våldsdåd. Påvarnas maktsträvan, furstarnas försök att göra sig enväldiga, aristokraternas krav på makt och den industriellt-merkantila medelklassens framträngande, alla dessa inbördes oförenliga strävanden och syften kunde få naturrättslig välsignelse. Den naturrättsliga tankebyggnaden utgjorde blott en ram, ett schema vari rymdes de mest skiftande åsikter om staten, samhällslivet, rättens och rättvisans innehåll. I naturrättens namn kunde man under århundraden göra propaganda för nästan varje ståndpunkt.

De flesta av medeltidens rättsfilosofiska strömningar stod i samband med aktuella teologiska eller politiska konflikter. Mera vid sidan av tidens omvälvningar utvecklades under samma tid i de medeltida juristskolorna, främst i Bologna, intensiva juridiska diskussioner som även är av direkt rättsfilosofiskt intresse. De medeltida civilrättslärarna rörde sig inom den allmänna naturrättsliga tankeramen. Likväl kom det begynnande studiet av den romerska rätten att leda in diskussionen på nya banor. Justinianus hade i sin lagsamling slagit fast, att kejsaren var den enda lagstiftaren och den enda

auktoritativa uttolkaren av rätten.[5] Denna makt hade han härlett ur den makt som ursprungligen tillkom det romerska folket. Flera av de medeltida juristerna ansåg att folket för alltid avhänt sig rätten att stifta och tolka lag och definitivt underkastat sig kejsarens makt. De åberopade då ofta en förordning av kejsare Konstantin, i vilken föreskrives, att sedvanor alltid måste vika för lag och att sedvanor aldrig kan sätta ett lagstadgande ur kraft. Andra jurister hävdade att folket fortfarande bevarade sin rätt att stifta och tolka lag. Kejsaren hade — menade de — endast utövat den å folkets vägnar. De ansåg att nya rättsregler kunde bildas på sedvanerättslig väg och att stadgade vanor kunde sätta uttryckliga lagregler ur kraft.[6]

Sedvanornas betydelse framhävdes också av flera engelska och franska medeltida jurister. I medveten motsättning till läran, att rätten vore ett uttryck för furstens vilja, sökte de härleda all rätt ur folkliga sedvanor eller ur överenskommelser mellan fursten och de ledande männen inom ett land.[7] För dem utgjorde rätten strängt taget inte något som skapades genom medvetna beslut. Den bestod av uråldriga sedvanor. Lagstiftning utgjorde egentligen blott sammanfattning och tolkning av sådana.

Hur inbördes oförenliga rättsåskådningar kunde rymmas inom det naturrättsliga schemat, illustreras av två ryktbara arbeten, som publicerades under 1570-talet. Den ena är den anonyma skriften *Vindiciæ contra tyrannos*, den andra är Bodins *Six livres de la république*. Författaren till *Vindiciæ* härleder furstens makt ur den gudomliga rätten, men på samma

[5] Jfr ovan s. 12 f.

[6] Se härom Carlyle & Carlyle, A History of Mediaeval Political Theory in the West Vol. V s. 64—67, 141—142, 457—469; Vol. VI s. 13—29, 76—86, 144—156 samt Jones, Historical Introduction to the Theory of Law s. 11 ff.

[7] Bracton, De legibus et consuetudinibus angliae Vol. II s. 19 f.; Beaumanoir, Les coutumes du beauvoisie Vol. I s. 338.

gång tänker han sig att den har sin grund i ett kontrakt mellan fursten och folket. Fursten är därför i sin maktutövning bunden inte endast av den gudomliga och naturliga rätten utan även av kontraktet med folket. Härigenom har undersåtarna fått en naturlig rätt att göra uppror mot en furste, som missbrukar sin makt och kränker samhällets rätt.[8]

Bodin utvecklar den motsatta ståndpunkten. Fursten, suveränen har en absolut makt över undersåtarna, en makt som inte inskränkes av några rättsliga regler.[9] All rätt har sin källa i hans vilja. För den måste undersåtarna obetingat böja sig. Han ensam har rätt att stifta lag, att tolka och verkställa lagens föreskrifter. Sedvaneregler blir rättsregler endast om suveränen godtar dem som sådana[1]. Dessa deklarationer till trots förklarar emellertid Bodin suveränen vara bunden av naturrätten och av den gudomliga rätten.[2] Rätten blir därför i Bodins rättslära i realiteten både ett utflöde av naturrättsliga principer och ett uttryck för suveränens vilja. Till denna inskränkning i suveränens makt fogar Bodin ännu en annan. Han räknar nämligen med att det finns vissa fundamentala konstitutionella principer, som suveränen inte kan upphäva eller förändra.[3]

Både Bodin och den anonyme författaren till *Vindiciæ contra tyrannos* söker i sitt rättsbegrepp förena två oförenliga bestämningar. Å ena sidan är rätten någonting faktiskt. Den är folkets sedvanor, säger den ene. Den är uttryck för suveränens vilja, säger den andre. Detta faktiska moment är en förutsättning för att man skall kunna tala om en positiv rätt. Å andra sidan är rätten ett utflöde av naturrättsliga principer. En sådan dualism kännetecknar alla naturrättsliga åskådningar.

---

[8] Om Vindiciae contra tyrannos, se t. ex. Sabine s. 378 ff.
[9] Bodin, Les six livres de la republique s. 131.
[1] Ibid. s. 131 f.
[2] Ibid. s. 132.
[3] Ibid. s. 136.

Den är det naturrättsliga tänkandets grundschema. Inom detta utbildades tidigt ansatser till nya statsrättsliga och rättsfilosofiska teorier, som skulle komma att få en mera konsekvent utformning först århundraden senare då naturrätten förlorat sin direkta makt över den rättsfilosofiska spekulationen. Innan så skedde gick emellertid det naturrättsliga tänkandet in i en ny fas. Under inflytande av den frambrytande rationalistiska filosofien, fick naturrätten under 1600-talet sin från teoretisk synpunkt mest intressanta utformning.

DEN RATIONALISTISKA NATURRÄTTEN

Att det fanns en högre, naturlig rätt hade under århundraden framstått som något självfallet. Så länge katolicismen var den enda religionen och Roms kyrkliga auktoritet var obestridd, kunde dess giltighet utan svårighet härledas ur Guds förnuft eller Guds vilja. Den religiösa tron och det mänskliga förnuftet ansågs — såsom Thomas hade lärt — leda fram till samma kunskap om naturrättens innehåll. Efter reformationen och under de stora religionskrigen uppkom ett behov att förankra naturrättens giltighet i något, som stod över de aktuella striderna. Man upptäckte att trons väg och förnuftets väg kunde leda till skilda åsikter om naturrättens innehåll. Det humanistiska studiet av antikens filosofi bidrog till att återföra de naturrättsliga spekulationerna till de antika åskådningar, som under medeltiden fått vika för kristen teologi.

Den främste företrädaren för den nyare tidens naturrätt är Grotius. Den mänskliga naturen är enligt hans mening den källa, ur vilken naturrätten utvecklats. Människans natur är sådan att hon måste leva i ett samhälle. I detta måste det finnas en ordning, som överensstämmer med förnuftets krav.[4] Han definierar därför naturrätten på följande sätt: Den »är en föreskrift av det rätt tänkande förnuftet som anger att en

[4] Grotius, De jure belli ac pacis, prolegomena.

handling är etiskt förkastlig eller nödvändig alltefter som den står i överensstämmelse med eller strider mot den förnuftiga naturen och att därför en sådan handling är föreskriven eller förbjuden av naturens skapare, Gud».[5]

Grotius använder här ett språk som för tankarna till de medeltida teologerna. Hans definition av naturrätten skiljer sig dock radikalt från deras. Åberopandet av Gud i definitionen skedde sannolikt av taktiska skäl. Definitionens sista mening innebär ingenting nytt. Den är blott ett tillägg som meddelar att Gud föreskriver handlingar, som står i överensstämmelse med förnuftets bud, och förbjuder handlingar, som strider mot dessa. Grotius framhåller i ett annat sammanhang att hans syn på naturrätten skulle ha ett visst berättigande, även om man gör det »orimliga antagandet» att det inte finnes någon Gud.[6] Han understryker också att naturrätten är oföränderlig på det sättet att Gud inte kan ändra dess innehåll, lika litet som han kan åstadkomma att två gånger två inte blir fyra.[7] I strid häremot säger han emellertid att den kan förändras. Ursprungligen kände den inte till enskild äganderätt. Denna kom till genom mänsklig vilja. Sedan detta skett är det emellertid enligt naturrätten förbjudet att ta ifrån en annan hans egendom mot hans vilja.[8]

Den positiva rätten återspeglar naturrättens förnuftsmässigt nödvändiga relationer mellan människor. Grotius menade dock inte att alla positiva rättsregler vore på detta sätt nödvändiga. Han var fullt på det klara med att den positiva rätten kunde föreskriva eller påbjuda handlingar som enligt naturrätten var indifferenta. Positiva regler som stod i strid mot naturrätten ansåg han emellertid inte vara rättsregler i egentlig mening. Människan kan enligt hans åsikt vinna kunskap om natur-

[5] Ibid. Bok I, Kap. I, X, 1.
[6] Ibid. Prolegomena.
[7] Ibid. Bok I, Kap. I, X, 5.
[8] Ibid. Bok I, Kap. I, X, 4.

rättens innehåll på två olika sätt. Det första är genom argumentation *a priori*. Kan en person visa att en viss regel på ett logiskt nödvändigt sätt stämmer överens med människans sociala och förnuftiga natur, då kan han vara förvissad om att den är en naturlig rättsregel. Det andra sättet är genom argumentation *a posteriori*, genom empiriska studier av rätten hos olika folk. Kan det visas att en viss regel förekommer i alla eller nästan alla samhällen — i varje fall civiliserade samhällen — då har därmed gjorts troligt att denna regel också ingår i den naturliga rättens innehåll. Till någon fullt säker kunskap härom leder dock inte denna empiriska väg.[9]

Grotius uppfattade alla centrala rättsliga relationer såsom förnuftsmässigt nödvändiga. Därför tedde sig för honom den aprioriska, deduktiva metoden såsom den mest givande. Han betraktade strängt taget både lagstiftning och rättstillämpning såsom en fortlöpande tolkning och utläggning av naturrättens principer. Grotius' rättslära är påverkad av den cartesianska filosofien. Naturrätten vilar enligt hans mening på vissa allmänna principer, vilkas giltighet ingen förnuftig människa kan tvivla på. De har nämligen sin grund i kunskapen om människans natur. Ur dessa principer är det möjligt att deduktivt härleda ett rationellt system av rättsregler, som kan utnyttjas i lagstiftning och rättstillämpning. Hans uppfattning av juridiken är bestämd av hans syn på matematiken och geometrien. Han är en typisk representant för 1600-talets rationalism, som inspirerats av dessa vetenskaper och av den framväxande naturvetenskapen. Han delade också den då gängse tron att förnuftet med utgångspunkt från vissa självklara axiom på rent deduktiv väg kunde härleda satser, som inte enbart utgjorde konsekvenser av dessa axiom utan samtidigt uttryckte sanna påståenden om verkligheten. En riktig kunskap om rättens innehåll skulle enligt denna åsikt inte vila

[9] Ibid. Bok I, Kap. I, XII, 1.

på studier av rättsliga erfarenhetsfakta såsom lagar, rättspraxis o. d. utan den skulle direkt kunna härledas ur vissa i förnuftet inneboende principer.

Rättstillämpnings- och tolkningsproblemen ägnar Grotius inte stor uppmärksamhet. En lagregel måste, för att vara en bindande lag, stå i överensstämmelse med naturrättens principer. Om lagen formulerats så att den inte lämnar domaren tillfredsställande vägledning i ett visst konkret fall, kan han gå tillbaka till dessa principer för att ur dem härleda en regel på vilken han kan grunda sitt ställningstagande. Lagtolkningsproblemet spelar en underordnad roll i en sådan rättslära. Domaren kunde nämligen enligt Grotius' åsikt ha nått fram till precis samma resultat även om lagen inte funnits. Han hade då själv kunnat gå direkt tillbaka till de naturrättsliga principerna. Varje jurist som känner till dessa och som kan sin logik, är i stånd att härleda de regler han behöver för varje enskilt ställningstagande. Rättstillämpningen blir i sin helhet en kunskapsfråga. När Grotius diskuterar tolkningsspörsmål rör det nästan uteslutande tolkning av avtal och kontrakt.[1] Att naturrättens principer i sin tur kunde ge upphov till tolkningssvårigheter synes ha undgått honom. Detta sammanhänger med den under 1600-talet allmänt spridda tron att moraliska utsagor kunde nå samma grad av visshet och exakthet som geometriska satser.

För en rättslära sådan som denna måste det te sig som ett mysterium att rättssystemen hos olika folk kunnat utveckla sig olika. Att Grotius inte gått närmare in på detta problem torde sammanhänga med att han mest intresserade sig för folkrättsliga spörsmål. Det var på detta område som han gjorde sin stora nydanande insats. Här tvingades han inte ta ställning till den omständigheten att ett och samma rättsområde kunde ha olika innehåll inom olika rättssystem.

---

[1] Ibid. Bok II, Kap. XVI.

För en modern läsare erbjuder det den största svårigheten att förstå hur Grotius kunde tänka sig en apriorisk kunskap om människans natur, en av all erfarenhet oberoende kunskap om denna. En sådan kunskap kan vi inte äga om några som helst sakförhållanden. Trots att Grotius uppfattar »den mänskliga naturen» såsom ett deskriptivt begrepp, utgör det i realiteten en sammansmältning av hans åsikter om hur denna natur faktiskt är beskaffad och av värderingar, som han själv och hans samtid anslöt sig till. Hans uppfattning av människans natur är delvis betingad av föreställningar om hur den *bör* vara beskaffad. Här går hans etiska och politiska värderingar tydligt i dagen. Naturrättens principer är därför i hans rättslära inte heller någonting teoretiskt, som kan liknas vid axiom i den euklidiska geometrien. De är betingade av de ändamål som Grotius ansåg att människan borde främja. Hans naturrätt anger de moraliska krav som han ansåg nödvändiga för ett värdigt mänskligt liv. Dessa värderingar döljes emellertid av hans allmänna rationalistiska system.

Enligt Hobbes' åsikt är hela rättssystemet däremot ingenting annat än befallningar från den som innehar högsta makten i ett samhälle. Lagstiftningsmakten tillkommer visserligen samhället som helhet, men detta är inte någon person som har förmåga att handla. Därför är den som innehar högsta makten i samhället, suveränen, att betrakta som den verklige lagstiftaren. All rätt är uttryck för hans vilja. En sedvaneregel får i Hobbes' system ingen bindande kraft därför att den varit iakttagen under lång tid. Endast om den godkännes av suveränen blir den en rättsregel.[2]

Naturrätten och den positiva rätten innehåller varandra och har samma omfattning, säger Hobbes. »Naturrätten är därför en del av den positiva rätten i alla samhällen på jorden; och omvänt är den positiva rätten en del av naturens föreskrif-

[2] Hobbes, Leviathan s. 137 f.

ter ... Positiv och naturlig rätt är inte rättssystem av skilda slag utan olika delar av samma rättssystem, av vilka en del är skriven och kallas positiv och en annan oskriven och kallas naturlig.»[3] Detta kan synas svårt att förena med teorien att all rätt blott är uttryck för suveränens vilja. Denna svårighet söker Hobbes emellertid övervinna genom sin lära om tolkningen av de naturrättsliga principerna.

Han understryker att alla lagar, såväl skrivna som oskrivna, måste tolkas för att kunna tillämpas. Suveränen är den ende auktoritative tolkaren av naturrätten. Moralfilosoferna har ingen befogenhet att bestämma vad som är den rätta meningen hos naturrättsliga principer. Privata författares åsikter härom saknar auktoritet. Han påstår inte ens att han själv tolkat naturrätten på ett bindande sätt, trots att han anser sina åsikter om dess innehåll vara »uppenbart sanna». Ty även om en viss regel i och för sig uppfattas som förnuftig och därför anses ingå i naturrättens innehåll, är det först genom att den godtas av suveränen i ett visst samhälle som den blir en del av detta samhälles rättssystem.[4] Naturrättsliga regler, som inte godtagits av suveränen, uppfattar Hobbes närmast såsom etiska maximer eller föreskrifter.

Suveränen kan låta tolka lagarna genom representanter, genom domarna i ett samhälle. En doms auktoritet beror på att den liksom rättssystemet i övrigt är uttryck för suveränens vilja. Hobbes är medveten om att ord är mångtydiga och att det därför ofta är möjligt att tillskriva en lagregel flera olika betydelser. Lagen kan dock, säger han, äga endast en betydelse eller mening, den som kan visas genom en sträng tolkning efter ordalydelsen. Den är identisk med lagstiftarens, suveränens, vilja. Där denna är känd har domaren endast att tillämpa den. Där den inte är känd måste den antas stå i överensstämmelse med rättvisans och billighetens krav. Att tro något annat

[3] Ibid. s. 138.
[4] Ibid. s. 143.

innebure enligt Hobbes' åsikt en kränkning av suveränen. Om lagen är så skriven att den inte ger domaren tydlig vägledning, skall han därför utfylla och komplettera den med regler hämtade från naturrätten.[5]

Hur förhåller sig naturrätten till den positiva rätten hos Hobbes? Att en regel är förnuftig innebär inte utan vidare att den är en rättsregel i ett visst samhälle. För att så skall vara fallet måste den ha utfärdats som lagregel eller ingå i sedvanerätten i detta samhälle. I ett sådant fall spelar det emellertid ingen roll om den är förnuftig eller inte. Den blir en rättsregel genom att den utfärdas eller tillämpas av myndigheterna. Även om domaren anser den oförnuftig är han skyldig att följa den, såvida dess innebörd är klar och tydlig. Hobbes anser det inte tillkomma honom att ge uttryck åt sina privata åsikter om hur suveränen bör lagstifta. Där lag och rättspraxis är oklara får domaren däremot falla tillbaka på de naturrättsliga reglerna.

I en sådan rättslära blir rättstillämpningen ett rent kunskapsproblem. I första hand måste domaren skaffa sig kännedom om lagregler och rättspraxis. Där dessa inte ger säker vägledning får han tillgripa sin kunskap om de naturrättsliga principerna. Även i sådana fall blir det för Hobbes fråga om en rent teoretisk verksamhet.

Pufendorf företräder en naturrätt av principiellt äldre slag än Grotius och Hobbes. Han delar emellertid i allt väsentligt deras rationalistiska grundåskådning, ehuru han definierar naturrätten såsom Guds vilja.[6] En naturrättslig regel förpliktar alla människor i alla tider. Om lagstiftaren i ett samhälle inte gjort den till en positiv regel kan myndigheterna emellertid inte utan vidare tillämpa den. Skulle en sådan regel kränkas måste de överlämna åt överjordiska myndigheter att ingripa.[7]

---

[5] Ibid. s. 145.

[6] Pufendorf, Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo, Vol. I s. 179 ff.

[7] Ibid. s. 185.

Även för Pufendorf framstod därför naturrätten i ett avseende som en samling etiska maximer. Han menade dock — i motsats till Hobbes — att av världsliga myndigheter utfärdade regler, som stred mot naturrättens principer, inte utgjorde rättsregler. Sådana regler förpliktade inte medborgarna. Däremot ansåg han i överensstämmelse med Hobbes att naturrätten i varje samhälle stödde den positiva rätten »såsom en militär reserv», vilken domstolarna kunde tillgripa, när positiva regler inte gav dem säker ledning.[8]

Äldre naturrättsliga teorier innebar i allmänhet att en regel, vars innehåll inte var förenligt med naturrättens principer, i själva verket inte utgjorde någon rättsregel. Regler, som härleddes ur dessa principer, ansågs vara rättsregler oavsett om de utfärdats av världsliga myndigheter eller inte. Hos Pufendorf och Hobbes framträdde naturrätten mera såsom etiska maximer, såsom ett slags idealrätt efter vilken man bör sträva att utforma den positiva rätten. De föregriper härigenom senare naturrättsliga åskådningar.[9] Hobbes tar steget fullt ut. Hos honom är positiva regler alltid rättsregler. Eftersom suveränen ensam har rätt att tolka naturrättens principer är han alltid i stånd att ge dem ett innehåll, som stämmer överens med de regler han vill utfärda, utan att någon för den skull vore befogad att kritisera lagstiftningen.

DET NATURRÄTTSLIGA TÄNKANDETS UPPLÖSNING

Under 1700-talet spelade naturrättsliga spekulationer inte längre samma centrala roll inom rättsfilosofien om man med denna term avser det allmänna tänkandet över principiella juridiska problem. Däremot var naturrättsliga tankar av största betydelse för de politiska ideologier, som låg bakom exempelvis

[8] Ibid. s. 185.
[9] Jfr nedan s. 78 ff.

den franska revolutionen och den amerikanska frihetsförklaringen.

Inom den egentliga juridiken blev naturrätten vid denna tid något tämligen alldagligt. Den kom att uppfattas såsom något självfallet och trivialt. Många författare tog med naturrättsligt färgade principuttalanden i sina arbeten utan att direkt bygga några teorier på dem. Detta skedde möjligen av opportunitetsskäl. Kyrkans maktställning och den religiösa censuren hade gjort ett sådant förfaringssätt vanligt inom alla vetenskaper. Att dessa författare själva uppfattade sådana fraser som tämligen intresselösa framgår av att de många gånger framför teorier, som direkt strider mot de inledande deklarationerna. Ett belysande exempel på detta är BLACKSTONE. I ett inledande kapitel ansluter han sig till det klassiska naturrättsliga schemat. Han understryker t. o. m. att det är människans skyldighet att bryta mot positiva lagar, som strider mot naturrättens principer.[1] Emellertid tillskriver han parlamentet en suverän, av ingen kontrollerad myndighet att stifta och stadfästa lagar och att utvidga eller inskränka deras användningsområde. Parlamentet kan — säger han — göra allt som inte är faktiskt omöjligt. Ingen myndighet i världen kan upphäva dess beslut eller göra dem kraftlösa.[2]

En lag är för Blackstone uttryck för parlamentets vilja. När juristen tolkar en lag är det därför hans uppgift att klarlägga innebörden av denna vilja i ett bestämt avseende. Han måste då — säger Blackstone — studera lagens ord i relation till varandra och sätta in dem i det faktiska sammanhang i vilket lagen tillkom. Det universellt förekommande och det enligt Blackstones mening bästa sättet att finna en lags sanna mening är att söka förstå dess grund eller m. a. o. *ratio legis*. En lags *ratio* är den orsak eller det motiv som förmådde lagstiftaren att utfärda den. En lag får därför aldrig tolkas så

[1] Blackstone, Commentaries on the Laws of England I s. 40 f.
[2] Ibid. s. 160 ff.

att den kommer att tillämpas på ett sätt som är oförenligt med dess *ratio*.[3] Blackstone talar aldrig om naturrättsliga principer såsom en subsidiär rättskälla, vilken kunde tillgripas i de fall då lagen inte lämnade domaren någon säker ledning. Han tror att ett studium av lagens *ratio* i sådana fall kan ge en bättre kunskap om dess mening. Samtidigt som han tänker sig att denna term betecknar motiv och föreställningar, som lagstiftaren faktiskt hyst, ser han emellertid också i *ratio legis* en garanti för »rättvisans principer». Ur denna tolkningsmetod har — säger han — den engelska *equity* vuxit fram.[4]

Här återkommer inom begreppet *ratio legis* den naturrättsliga grundåskådningen att rätten på en och samma gång är något faktiskt, exempelvis ett uttryck för en viss lagstiftares vilja, och något ideellt, nämligen ett utflöde av vissa förnuftiga eller rättvisa principer. Liksom naturrätten kan *ratio legis* användas för att maskera olika slag av etiska eller politiska värderingar. Enligt naturrättsanhängarnas åsikter är emellertid de naturrättsliga principerna någonting om vilket man kan äga kunskap. Detsamma gäller Blackstones syn på *ratio legis*. Det är domarens uppgift att ta reda på vilka motiv och föreställningar som faktiskt drev fram en viss lag, om detta är nödvändigt för en tolkning av denna. Blackstone rekommenderar domaren att, om dessa inte kan klarläggas, helt enkelt anta att parlamentet velat förverkliga vad han själv anser att rättvisans och billighetens principer påbjuder. Ett sådant antagande är godtyckligt. Genom att göra så kan domaren emellertid lyckas inge sig själv och andra den tron att hans ställningstagande vilar på en teoretisk åsikt om lagstiftarens motiv och föreställningar i stället för på en av honom själv företagen värdering.[5] Inom begreppet *ratio legis* kan naturrättsliga föreställningar förpuppas och leva vidare i förändrad dräkt.[6] Detta

[3] Ibid. s. 61. [4] Ibid. s. 61.
[5] Jfr nedan s. 99 f.
[6] Jfr nedan s. 47 och 134 f.

stod alldeles klart för exempelvis Beccaria, den berömde italienske straffrättsteoretikern.

Beccaria framhåller, att domarens uppgift blott är att skaffa sig kunskap om vad lagen säger och att tillämpa denna kunskap. I fråga om varje förbrytelse skall domaren göra en logisk slutledning. Översatsen i denna skall bestå av en allmän lagregel. Undersatsen skall vara en sats som konstaterar, att någon eller några betett sig på ett visst sätt som antingen uppfyller eller inte uppfyller strafflagens brottsbeskrivning. Slutsatsen skall i överensstämmelse härmed utgöra antingen en fällande eller en frikännande dom. När lagen är sådan att domaren är i stånd att göra två skilda slutledningar med oförenliga slutsatser, öppnas enligt Beccarias mening alla portar för ovisshet och subjektivt godtycke.[7]

Tanken att juristen skulle kunna närmare bestämma en lags mening genom att spekulera över dess *ratio* avvisas av Beccaria. Det finns intet farligare än denna åsikt — menar han — ty varje människa har sin ståndpunkt och kan uppfatta *ratio legis* på sitt sätt. Skulle juristerna i tolkningssituationen tillåtas åberopa *ratio legis* blir medborgarnas liv och säkerhet beroende av enskilda domares bättre eller sämre känsla för logik eller deras goda eller dåliga mage.[8] Beccaria kräver därför, att domaren alltid skall hålla sig strikt till lagens bokstavliga betydelse. Även om han då måste avkunna en dom i strid mot sin rättskänsla får han inte avvika från en sträng bokstavstolkning. Det är, menar Beccaria, lagstiftarens uppgift att övervaka rättstillämpningen och att utfärda nya lagar när han finner de bestående lagarna otillfredsställande. Att detta medför stelhet i rättskipningen är Beccaria medveten om. Han anser emellertid detta vara en obetydlig nackdel i jämförelse med den brist på rättssäkerhet som enligt hans åsikt är ofrånkomlig, om domaren tillåtes tolka lagar under åberopande av

[7] Beccaria, Über Verbrechen und Strafen s. 22.
[8] Ibid. s. 22.

deras *ratio*. Beccarias syn på rättskipning och lagtolkning är bestämd av att han främst intresserade sig för straffrätten.

Även hos MONTESQUIEU kan man se hur naturrätten förlorat sitt grepp om den rättsfilosofiska spekulationen. Detta hindrar inte att det i hans verk finnes rent naturrättsliga uttalanden. *L'Esprit des Lois* börjar med det gamla kända påståendet att lagarna i vidsträckt mening uttrycker nödvändiga relationer, som är härledda ur tingens egen natur.[9] På ett annat ställe säger han att lagarna är uttryck för det mänskliga förnuftet, som styr jordens alla folk. Positiva lagar bör därför inte vara något annat än speciella tillämpningar av förnuftets regler.[1] Likväl har Montesquieu en helt annan inställning till politiska och rättsliga problem än de klassiska naturrättsanhängarna. Han har ett starkt intresse för det faktiska, för hur rättssystemet i verkligheten ser ut hos olika folk. Genom sina omfattande ehuru tämligen disparata studier söker han visa, hur mänskliga samhällen påverkas av naturförhållandena. Hans starka sociologiska intresse avlägsnar honom från den typiska naturrätten. Genom dem riktas hans uppmärksamhet på studiet av olika samhällen och deras historia.

Montesquieus kända maktfördelningslära har fått en mycket stor betydelse för senare generationers syn på rättstillämpning och lagtolkning. Inom ett samhälle som fäster vikt vid medborgarnas frihet och rättssäkerhet får — menar Montesquieu — en dom aldrig vara något annat än exakt utläggning av lagens bud.[2] I annat fall skulle den dömande makten lägga sig till med befogenheter, som endast tillkommer den lagstiftande. »Domarna ... är ingenting annat än munnar som uttalar lagens ord; själlösa varelser som inte kan förändra lagens kraft eller stränghet.»[3] Om lagarna var bristfälliga eller blev

---

[9] Oeuvres complètes de Montesquieu Vol. III s. 89.
[1] Ibid. Vol. III s. 99.
[2] Ibid. Vol. IV s. 7 ff.
[3] Ibid. Vol. IV s. 10.

föråldrade tillkom det den lagstiftande makten att avhjälpa bristerna. Domarna saknade enligt hans mening varje befogenhet att avvika från lagens bokstav.

Montesquieu upplyser oss inte — lika litet som Beccaria — om vad juristen skall ta sig till när han likväl står inför tvånget att tillämpa en lag, som är mångtydig eller vag och som därför tillåter olika ställningstaganden. Han synes tro att juristen alltid kan komma till rätta med sådana fall genom att skaffa sig bättre kunskaper om lagen. Domaren har till uppgift att ta reda på lagens rätta mening. Att tolka lag är att skaffa sig kunskap om denna. Lagtolkning är en ren kunskapsfråga. Om en domstol under sken av tolkning förändrar regelsystemet överskrider den sin befogenhet och usurperar lagstiftarens makt.

I ett typiskt naturrättsligt schema borde det inte innebära några direkta vådor med hänsyn till rättssäkerheten att låta domarna göra nya regler eller förändra sådana som redan finns. Deras ställningstaganden i sådana fall tänkes nämligen vara bestämda av kunskapen om den högre rättens principer. Sedan denna tro övergivits, visar det sig att de i själva verket gör nya regler och förändrar gamla under inflytande av sina egna etiska och politiska värderingar. Montesquieu har upphört att hysa någon verklig tro på de naturrättsliga principerna. Han synes i varje fall inte räkna med att människan kan uppnå någon fullt säker kunskap om dem. Lagarna är det enda om vilket domaren enligt hans åsikt kan ha sådan kunskap. I rättssäkerhetens namn förvandlar han därför rättstillämpningen till en verksamhet, som uteslutande är bestämd av kunskapen om lagarnas innehåll. Skulle det visa sig att vissa domar är betingade av någonting annat — exempelvis av etiska eller politiska värderingar — föreligger det enligt hans mening inte längre någon rättstillämpning. I stället rör det sig om ett maktmissbruk från domarens sida. Även lagtolkning blir i ett sådant system någonting rent teoretiskt — eller också något

illegitimt. Antingen syftar den till att klarlägga vad lagen innehåller eller också är den något förbjudet. Denna uppfattning av lagtolkningen har spelat en oerhörd roll. Den har företrädare ända in i våra dagar och den har bidragit till att spärra vägen för en realistisk analys av rättstillämpning och lagtolkning.[4]

Sin teoretiska dödsstöt fick det naturrättsliga schemat av HUME. 1600-talets rationalistiska rättsteori hade förutsatt, att juristerna kunde på deduktiv väg härleda naturrättens innehåll ur vissa självklara axiom. Hume visade att ingen som helst kunskap om verkligheten kunde vinnas på detta sätt. Den omständigheten att en sats implicerar en annan — m. a. o. att den senare satsen kan logiskt härledas ur den förra — säger ingenting om huruvida satserna är sanna eller falska. Ett påstående om verkligheten måste för att kunna godtas som sant vila på vissa erfarenhetsfakta. Förnuftet kan inte skänka en av erfarenheten oberoende kunskap om verkligheten. Det logiska förhållandet mellan olika satser är oberoende av om satserna själva är sanna eller falska. Blott i fråga om vissa matematiska satser, som är helt oberoende av erfarenheten, kan vi äga en absolut säker kunskap. Påståenden om verkligheten — och till dem hör utsagor om rättens innehåll — kan däremot inte bevisas på detta absoluta sätt. Vi kan här endast nå fram till påståenden, som vi på grund av våra erfarenheter håller för mer eller mindre trovärdiga.[5]

Hume avvisade också åsikten, att förnuftet kunde på rent deduktiv väg nå fram till några absolut vissa etiska regler. Påståenden om sådana måste nämligen bygga på erfarenheten och därför kan de endast vara mer eller mindre trovärdiga. Förnuftet är överhuvud inte något aktivt kunskapsorgan, som

---

[4] En sådan åsikt utvecklades exempelvis av en ledamot av USA:s högsta domstol i en uppmärksammad dom år 1936. Se Pritchett, The Roosevelt Court s. 15 f.

[5] Hume, Enquieries concerning Human Understanding s. 163 ff.

kan bestämma vad som är rätt eller orätt. Det kan visa oss vad som är sant och vad som är trovärdigt men aldrig vad som är gott eller ont. Genom förnuftet kan vi få reda på vilka medel vi bör tillgripa för att nå ett visst eftersträvat ändamål.[6] I denna funktion är det emellertid alldeles värderingsfritt. Det lär oss lika väl hur vi på ett lämpligt sätt skall kunna mörda en människa som hur vi bäst skall kunna hjälpa henne.

Moralen är för Hume någonting som framför allt bestäms av våra känslor.[7] Det är erfarenheten och känslor av lust och olust som lär oss vad som är gott och ont.[8] I rätten ser Hume däremot inte något ursprungligt och naturligt, som spontant vuxit fram ur dessa känslor. Den är någonting artificiellt, som människan tillgriper för att i en värld av knapphet och brist balansera de olika individernas intressen mot varandra. Den skapas av förnuftet som har till uppgift att väga individernas intressen mot varandra och ange de medel som på bästa möjliga sätt kan tillfredsställa dessa.[9] Rättens innehåll bestämmes av en kalkyl av den allmänna nyttans krav. Vilka fina principer som rättsfilosoferna än utgår från, slutar de alltid med att tala om den allmänna nyttans krav, anmärker Hume hånfullt.[1] Rätten kan emellertid inte i varje enskilt fall tillfredsställa individernas spontana impulser och känsla av rättvisa. Förnuftet kan endast tänka ut ett regelsystem, som genomsnittligt är ägnat att verka i denna riktning.[2] När Hume betecknar detta som artificiellt vill han inte därmed ha sagt, att dess innehåll är något godtyckligt. I olika rättssystem och i människornas föreställningar om rättvisan ser han tvärtom en den mänskliga naturens nödvändiga anpassning efter de yttre betingelserna.[3]

[6] Hume, A Treatise of Human Nature s. 459 ff.
[7] Ibid. s. 470.
[8] Ibid. s. 471.
[9] Ibid. s. 489. Jfr Segerstedt, Moral Sense-skolan s. 96 f.
[1] Hume, Enquieries s. 195.
[2] Hume, Treatise s. 497. [3] Ibid. s. 484.

Humes filosofi innebär en definitiv vederläggning av varje öppet naturrättsligt system. Genom sin rättslära lade han grunden till den rättsteori som utvecklades av Bentham, Austin och den analytiska skolan. Via Bentham och Ihering har Hume också kommit att inspirera vissa moderna rättsfilosofiska åskådningar.

Flera olika faktorer medverkade till det naturrättsliga tänkandets upplösning mot slutet av 1700-talet. Den franska revolutionen och de stora Napoleonskrigen väckte nationalismen till liv i olika länder. Intresset kom att mer och mer inriktas på det för varje nation särskiljande och varje folk började medvetet att hävda sin särart på kulturens område. Romantiska och antirationalistiska strömningar trädde i förgrunden och tron på ett ursprungligt för alla människor, oberoende av nationalitet, gemensamt förnuft trädde i bakgrunden och upplöstes. Ur dessa strömningar utvecklades så småningom på det rättsliga området den s. k. historiska skolan.

Samtidigt fullföljdes emellertid den rationalistiska kritiken av naturrätten. I de europeiska länderna framträdde positivistiska rättsläror, som inspirerades av vetenskapernas utveckling. I England kallades denna åsiktsriktning för den analytiska skolan, i Frankrike för den exegetiska skolan och i Tyskland för positivism. I den fortsatta framställningen skall dessa olika nationella åsiktsriktningar för överskådlighetens skull behandlas i skilda kapitel. Det är vanskligt att avgöra i vilken utsträckning de inspirerat varandra över de nationella gränserna och i vilken mån de framvuxit oberoende av varandra såsom försök att komma till rätta med likartade problem.

Naturrättsliga föreställningar levde trots allt kvar under hela 1800-talet och har i vårt eget århundrade på nytt framträtt i systematiskt utvecklade naturrättsliga åskådningar.[4]

[4] Jfr nedan s. 78 ff.

Den analytiska skolan

Bentham gjorde otvivelaktigt sin största insats såsom samhällsförbättrare och reformator. Samtidigt satte han dock i hög grad sin prägel på samtidens och eftervärldens etiska och rättsfilosofiska diskussioner. Hans centrala idéer, utilismen och tanken att kalkylera lust och olust, hade han övertagit från äldre filosofer, närmast från Hume. Före Bentham hade dock ingen med samma energi och på samma genomgripande sätt utnyttjat dessa idéer på det rättsliga området.

Naturrätten förkastar han. Mot den riktar han en våldsam kritik. Han ser i den ingenting annat än tomma fraser, som inte kan ge någon vägledning för den som söker komma till rätta med sociala problem.[1] I sin »lyckokalkyl» anser han sig ha funnit ett instrument med vars hjälp han kan underkasta alla samhällsinstitutioner och alla rättsregler en kritisk prövning. Denna syftar till att utröna deras nytta och deras förmåga att förverkliga hans maxim: största möjliga lycka åt största möjliga antal.

En avsevärd del av Benthams arbeten rör rättsliga frågor. Hans perspektiv på problemen är dock strängt taget inte juristens. Det centrala i den juridiska verksamheten är att lösa enskilda konkreta fall, att ta ställning till faktiska konflikter och därvid på ett visst sätt åberopa de rättsregler som antas gälla i samhället. Inom rättsvetenskapen gäller det att på motsvarande sätt fatta ståndpunkt till olika typer av tänkbara konflikter. Dessa uppgifter spelade aldrig någon större roll för Bentham. Det perspektiv han anlade på problemen var

[1] Bentham, Traités de législation civile et pénale I s. 132. Se även s. 139.

alltid den upplyste och rationelle lagstiftarens. Då han diskuterar tolkningssituationer är det vanligen för att visa, hur de uppkommit till följd av en bristfällig lagstiftningsteknik.

Bentham skiljer emellertid mellan *strikt* och *liberal* tolkning. En tolkning av det förra slaget innebär att juristen skaffar sig kunskap om lagstiftarens faktiska vilja, m. a. o. om de motiv och föreställningar som kommit lagstiftaren att utfärda en viss lag. En tolkning av det senare slaget innebär däremot att juristen tillskriver lagstiftaren en vilja, som han antagligen aldrig haft. Skälet härtill är åsikten att lagstiftaren skulle ha hyst en sådan vilja om han kommit att tänka på de omständigheter, som föreligger i tolkningssituationen. När en jurist gör en liberal tolkning förutsätter han — menar Bentham — att lagstiftaren på grund av bristfälliga kunskaper eller förbiseende inte beaktat dessa omständigheter. Strikt tolkning har till syfte att fastställa lagstiftarens *faktiska* vilja, liberal tolkning är ett sätt att formulera en *hypotetisk* vilja som tillskrives lagstiftaren.[2]

När en domare gör en liberal tolkning av en lag beror det enligt Benthams åsikt på att han finner lagen bristfällig i ett eller annat avseende.[3] En sådan tolkning innebär nämligen att han antingen utökar eller också inskränker dess tillämpningsområde. Liberal tolkning är antingen restriktiv eller extensiv. Bentham framhåller att det strängt taget är en eufemism att använda ordet tolkning för vad som i realiteten innebär en förändring av rättssystemet. Att utsträcka en förefintlig lags användningsområde, är menar han, detsamma som att göra en ny lag. Att inskränka detta är detsamma som att delvis upphäva den förefintliga lagen.[4] Han skiljer dock dessa tolkningsvis skeende förändringar av rättssystemet från lagstiftning i egentlig mening. Genom en liberal tolkning kan domaren

[2] Bentham, The Limits of Jurisprudence Defined s. 253.
[3] Ibid. s. 253.
[4] Ibid. s. 254.

vanligen inte plötsligt förändra det rättsliga regelsystemet på ett mera genomgripande sätt. Detta kan ske genom lagstiftning. Den som tolkar en lag kan inte göra andra ändringar, tillägg och inskränkningar än sådana, som han kan göra antagligt att lagstiftaren själv skulle ha gjort, om han tänkt på de omständigheter, vilka tolkaren har att ta ställning till.[5]

Bentham ogillar den liberala tolkningen, men han är medveten om att den är mycket vanlig inom rättstillämpningen. Enligt hans åsikt beror dock detta främst på att de lagstiftande organen inte utformar lagarna på ett tillfredsställande sätt. Han anser att hans egna metoder skulle lära dem att skriva sådana lagar att domare och andra inte längre skulle tvingas göra liberala tolkningar. De skulle då endast behöva skaffa sig kunskap om lagarnas mening och sedan handla i överensstämmelse med denna kunskap.[6]

Den strikta tolkningen definierar Bentham så att den blir en ren kunskapsfråga. Hur är det då med den liberala tolkningen? Lagstiftarens enda ledstjärna skall vara den allmänna nyttan. Han skall inte låta sig påverkas av sina känslor. Sådana är enligt Benthams mening ovidkommande inom lagstiftningen. Denna bör i stället vila på en »moralisk aritmetik».[7] Lust- och olustkalkylen kan alltid upplysa lagstiftaren om vilka regler han bör formulera. Detta måste också gälla om domaren. En liberal tolkning innebär enligt en sådan åsikt att domaren tvingas att självständigt göra en sådan kalkylering rörande någon fråga som förbisetts av lagstiftaren. Kalkylerar han då riktigt måste han komma till samma resultat som lagstiftaren skulle ha kommit till om han tänkt på denna fråga. Domaren har alltså i Benthams system två olika funktioner. Först och främst skall han skaffa sig kunskap om lagarna och låta denna kunskap bestämma sitt ställningstagande till konkreta konflik-

[5] Ibid. s. 253 n 8.
[6] Ibid. s. 272 f. och 337.
[7] Bentham, Traités s. 2.

ter. Om lagen i ett visst fall inte ger någon vägledning får han självständigt göra en utilistisk kalkyl och handla på grundval av det resultat han då når fram till. Även denna senare verksamhet framstår för Bentham såsom en kunskapsfråga. Han tror på möjligheten att även här skilja en korrekt lösning från en inkorrekt på rent vetenskapliga skäl. En sådan åsikt kan inte upprätthållas. Lust- och olustkalkylen är ett av de många sätt på vilka människor sökt dölja att vissa ställningstaganden har sin orsak inte i teoretiska åsikter utan i subjektiva värderingar av olika slag. Benthams analys av tolkningen och distinktionen mellan den strikta och den liberala tolkningen är av stort värde och har varit fruktbar inom tolkningsläran. En tillfredsställande analys och bestämning av de olika mentala operationer som betecknas av ordet tolkning kan emellertid inte rymmas inom hans utilistiska schema.

När Austin utvecklar sina juridiska åsikter, bygger han vidare på Benthams rättslära. Det är två egenskaper som en regel måste ha för att Austin skall erkänna den som en positiv rättsregel. För det första måste den vara en befallning från den person eller det organ som innehar högsta makten i ett samhälle. En sådan befallning kan vara direkt i form av en lag. Den kan också vara indirekt och bestå av föreskrifter, utfärdade av underordnade myndigheter. I överensstämmelse härmed anser Austin att sedvaneregler blir rättsregler endast om de godkännas av den person eller det organ som innehar den högsta makten i samhället. För det andra måste dessa befallningar vara riktade till personer, som är underkastade den befallandes makt. Med denna definition har Austin avgränsat den positiva rättens regler från etiska principer och föreskrifter.[1] Han hävdar att rättssystemet är självständigt i förhållande till moralen. Han anvisar juristen ett bestämt avgränsat material att utforska och klarlägga: direkta eller indirekta befallningar från de politiskt maktägande i ett samhälle.

[1] Austin, Lectures of Jurisprudence I s. 121.

Austin skiljer mellan två olika slag av rätt. Det ena utgöres av »statute law», skrivna lagar eller förordningar. Det andra är sedvaneregler, vilka är tillkomna genom »oegentlig lagstiftning».[2] »Statute law» utgår ofta direkt från den person eller det organ som innehar högsta makten i ett samhälle. Sedvaneregler däremot utgår vanligen från underordnade organ. En regels ursprung avgör dock inte om den tillhör »statute law» eller är en sedvaneregel. »Statute law» kommer inte sällan från underordnade organ. När den person eller det organ, som innehar högsta makten i ett samhälle, tillika fungerar såsom dömande instans utbildas vidare sedvaneregler, som utgår direkt från suveränen.

Austin söker sig fram till en annan, mera tillfredsställande gränsdragning. En regel ingående i »statute law» — en lagregel — har, fortsätter han, till syfte att tjäna som ett generellt handlingsmönster. En domstol gör däremot en ny regel med ett konkret fall för ögonen. Dess direkta syfte är att tjäna som grund för avgörandet av det aktuella fallet. En lagregel är tillkommen genom egentlig lagstiftning. Den är vanligen förberedd och genomtänkt i sin generella utformning. I fråga om sedvaneregler är läget däremot ett annat. Domaren är ofta medveten om att hans dom kan bli prejudicerande. Han söker då formulera en generell regel som stämmer överens med hans rättskänsla och hans värderingar i övrigt. Hans väsentliga uppgift är dock att avkunna den konkreta domen och inte att definitivt formulera den regel, på vilken han stöder sitt avgörande.

Lagregler finns, menar Austin, formulerade i generella språkliga satser. Sedvaneregler finns däremot inte formulerade alls.[3] Innan juristen kan få reda på vad en sådan innebär, måste han vanligen studera talrika avgöranden i rättspraxis och söka klargöra grunderna och skälen för dessa. Han måste vidare

[2] Ibid. II s. 321 ff.
[3] Ibid. II s. 323.

sätta sig in i de speciella omständigheter som förelåg i vart och ett av de mål han anser vara prejudicerande. På detta sätt kan han lyckas formulera en regel som han tror äger tillämpning i fråga om en viss typ av situationer.

Att tillämpa lagregler är enligt Austins mening något annat än att tillämpa sedvaneregler. I det förra fallet måste juristen tolka en viss given språklig sats för att fastställa dess innebörd. I det senare fallet måste han genom ett induktivt förfarande söka sig fram till den formulering av sedvaneregeln som han med hänsyn till förefintliga rättsliga fakta finner mest tillfredsställande. Den som vill tolka en lagregel måste — menar Austin — koncentrera sig på de däri förekommande orden. I första hand gäller det att fastställa deras mening enligt vanligt språkbruk. Den som vill fastställa innebörden av en sedvaneregel kan däremot inte använda denna metod. Han måste, säger Austin, alltid sätta de ord och uttryck som använts i de olika domarna i relation till de konkreta omständigheterna i varje särskilt mål. Vidare måste han ställa de enskilda domarna i relation till varandra för att söka sig fram till en generell regel som kan användas till en förklaring av dessa. Detta induktiva förfarande är Austin mycket noga med att skilja från lagtolkning i vanlig mening.[4]

När det gäller sådan tolkning utgör ordens bokstavliga eller egentliga mening — säger Austin — den första vägledningen för ett fastställande av lagstiftarens mening. Tolkaren måste först skaffa sig kunskap om vad de i lagregeln förekommande orden betyder enligt allmänt språkbruk. Orden kan emellertid vara mångtydiga och deras betydelse enligt vanligt språkbruk kan vara mycket vag. Tolkaren måste då på annat sätt skaffa sig kunskap om lagstiftarens mening. Till en del tänker sig Austin att detta kan ske genom den traditionella lagtolkningstekniken. Däremot medger han att tolkaren inte alltid kan tillskriva en lagregel någon bestämd mening. Han anknyter

[4] Ibid. II s. 325 ff.

här till Benthams distinktion mellan strikt och liberal tolkning, ehuru han i stället använder termerna *egentlig* och *oegentlig* tolkning.[5]

Austin framhäver också den dubbeltydighet i termen *ratio legis*, som undgick Blackstone.[6] Han avser med denna term lagens ändamål. Detta skiljer han från de faktiska föreställningar och motiv som kommit lagstiftaren att utfärda en viss lag. En lagstiftning kan — säger han — drivas fram av faktiska omständigheter, vilkas hela vidd och betydelse inte stått klar för lagstiftaren. Skulle en domare då bygga sitt avgörande på lagstiftarens faktiska avsikter — vilka kanske hade sin grund i bristfälliga kunskaper — kunde han komma till ett resultat, som inte stämde med hans rättviseföreställningar eller åsikter om hur rätten bör vara beskaffad. Han kan då tillgripa vad Austin kallar oegentlig tolkning med utgångspunkt från *ratio legis* för att inskränka eller utvidga lagens användningsområde. Om han gör så, fungerar han emellertid enligt Austins åsikt inte längre såsom domare. I stället ingriper han såsom underordnad lagstiftare och korrigerar lagens brister. Detta sker när han genom sin dom förändrar innebörden av lagregler eller sedvaneregler. I det förra fallet gör han en ny sedvaneregel såsom en påbyggnad på en lagregel.

Vid oegentliga tolkningar är det, framhåller Austin, domarens plikt att försöka formulera den nya regeln på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt.[7] Han synes här i främsta hand tänka på ett slags utilistisk kalkyl i Benthams mening. Han vill emellertid inte föreskriva att domare alltid måste bygga sin argumentation på en sådan kalkyl. I stället hänvisar han till vissa av de sätt att argumentera som var gängse bland hans samtida jurister och som ännu får anses ingå i den juridiska argumentationstekniken. Det finns vissa argument som Austin

[5] Ibid. II s. 332 och III s. 231 ff.
[6] Ibid. III s. 233 f.
[7] Ibid. II s. 342 ff.

anser tillåtna när domaren gör en ny regel: han kan åberopa sedvaneregler, analogislut från lag- och sedvaneregler, sin egen uppfattning av hur rätten bör vara beskaffad — i detta fall kan han åberopa den allmänna nyttan eller andra omständigheter — och vidare kan han åberopa åsikter som är gängse bland jurister, regler som förekommer i främmande rättssystem eller etiska principer. Att domare i sådana situationer kan komma till olika resultat synes han anse naturligt. Han räknar av allt att döma inte med att det i varje enskilt fall skall finnas en regel som kan betecknas såsom den »riktiga».

Austins rättsfilosofiska synpunkter är nyanserade och genomförda med stor konsekvens. Hans realistiska och betydelsefulla analys av rättstillämpningens och lagtolkningens problem fullföljdes inte av de engelska juristerna. I allmänhet godtogs distinktionen mellan egentlig och oegentlig tolkning. Vidare erkändes utan vidare att domstolarna ofta gjorde nya rättsregler och förändrade gamla. Däremot tillmättes de principiella problemen mindre vikt. De behandlades ofta i förbigående vanligen med en kort hänvisning till Austin. Så är exempelvis fallet hos SALMOND.[8] HOLLAND ägnar likaså blott några korta rader åt tolkningsproblemen och framhåller uttryckligen att de är av underordnad betydelse.[9]

---

[8] Salmond, Jurisprudence s. 94 ff. samt 220 ff.
[9] Holland, The Elements of Jurisprudence s. 424 f.

Code Civil och den exegetiska skolan

Tanken att skapa en för hela Frankrike gemensam lag föddes inte under den franska revolutionen. Redan på 1200-talet började de franska kungarna utfärda lagar med giltighet för hela riket. Under Ludvig XIV ägde en betydande lagstiftning rum.[1] Under 1700-talet kom emellertid olikheterna i lagar och sedvanor inom olika landskap att vålla större olägenhet än tidigare. De livligare kommunikationerna ökade behovet av ett för hela landet gemensamt rättssystem.

Två strömningar hade banat väg för en dylik lagstiftning. Den ena var upplysningstidens åsikter om samhället. Påverkade av Montesquieu trodde tidens radikaler att den avgörande garantien mot de styrandes godtycke låg i en tydligt och klart avfattad lag. Denna skulle vara sådan att den i alla situationer kunde tillämpas på ett fullständigt mekaniskt sätt. Den andra omständigheten av betydelse var en av de naturrättsliga lärorna inspirerad juridisk strömning med starkt praktisk inriktning. Utan att spilla många ord på de principiella problemen satte sig många jurister före att studera och precisera »naturrättens institut».[2] De systematiserade och indelade det rättsliga materialet på ett sätt som kunde utnyttjas vid en framtida lagstiftning. Denna naturrättsligt färgade bearbetning av rättsinstituten låg bakom också de förut nämnda österrikiska och preussiska lagar som tillkom under denna tid.[2a] Deras

[1] Vigié i Le Code Civil 1804—1904. Livre du centenaire I s. 32 ff.

[2] Se t. ex. Rutherforth, Institutes of Natural Law; Vattel, Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle och Burlamaqui, Principes du droit de la nature et des gens.

[2a] Jfr ovan s. 13 f.

arbete var av samma typ som anhängarnas av den s. k. begreppsjuridiken. Ett århundrade senare beredde dessa på liknande sätt väg för den tyska Bürgerliches Gesetzbuch.[3]

1790 beslöt konstituerande nationalförsamlingen att en för hela landet gällande lagbok skulle utfärdas. Detta visade sig emellertid vara svårare än man hade föreställt sig. Revolutionens dramatiska händelser gjorde otvivelaktigt 1790-talet till en för lagstiftning föga ägnad tid. Flera lagförslag lades fram men intet av dem kunde samla erforderlig enighet. Då Napoleon tagit makten tillsatte han en kommitté på tre personer för att göra ett nytt utkast. Denna kommitté — i vilken Portalis var den ledande — åstadkom på tämligen kort tid ett förslag till ny civillagbok, som senare i huvudsak antogs och utfärdades år 1804.[4] Denna lag, Code Civil, följdes under åren fram till 1810 av Code de Commerce, Code de Procedure, Code Pénal och Code d'Instruction Criminelle.

Lagstiftningsarbetet hade länge präglats av naturrättsliga föreställningar. Man ville ursprungligen inleda lagen med en paragraf, som återgav Montesquieus naturrättsligt färgade definition av rätten.[5] Denna paragraf liksom största delen av de stadganden man tänkt samla i ett särskilt inledande avsnitt kom emellertid att utgå. I lagstiftningsarbetets början såg man ännu som sin uppgift att precisera naturrättens principer i ett system av bestämda och klara lagregler. Det ansågs möjligt att skriva lagen så att alla spörsmål som kunde uppkomma i rättspraxis kunde lösas genom ett studium av dessa regler. Detta var emellertid endast den ursprungliga revolutionära ideologien. Den av Napoleon tillsatta kommittén stod främmande för denna. Code Civil kom därför att ganska avsevärt skilja sig från de ursprungliga förslagen.

---

[3] Jfr nedan s. 72 f.

[4] Esmein i Code Civil 1804—1904 I s. 5 ff. Jfr också Ross, Theorie der Rechtsquellen s. 35 ff.

[5] Boistel i Code Civil 1804—1904 I s. 48. Jfr ovan s. 36.

Portalis var en man med praktisk blick och känsla för lagstiftningsarbetets svårigheter. Hans *Discours préliminaire* är ett av juridikens klassiska dokument. Det är — säger han — omöjligt att åstadkomma sådana lagar att människorna kan tillämpa dem mekaniskt och utan att använda sitt förnuft. »Hur skulle vi kunna känna till och i förväg kalkylera med sådant som först senare erfarenhet kan lära oss? Är det möjligt att förutse sådant, som vi inte kan äga någon kunskap om?»[6] Trots att en lag förefaller aldrig så fullständig, fortsätter han, hinner den knappast utfärdas innan tusen oförutsedda frågor inställer sig för myndigheterna. Lagar som en gång utfärdats förblir oförändrade. Människorna och samhället förändras däremot oupphörligt.[7] Denna utveckling skapar i varje ögonblick nya fakta och nya kombinationer av fakta. Lagstiftaren måste därför enligt Portalis överlämna åtskilligt att närmare bestämmas av seder och bruk. Han måste hysa förtroende för domarnas och ämbetsmännens omdöme. Lagstiftaren skall endast fastställa allmänna principer och generella regler för olika typer av tänkta situationer. Däremot skall han inte fördjupa sig i detaljer och binda rättstillämpningen genom alltför utförliga regler.[8]

Vad är det då som bestämmer vilka regler som en lagstiftare skall utfärda? På denna fråga svarar Portalis med en hänvisning till den allmänna nyttan. Det är denna som skall bestämma de utfärdade lagreglernas innehåll. Sedan lagstiftaren gjort sitt verk är det domarna och ämbetsmännen som skall omsätta deras principer i handling och handha deras tillämpning. De skall därvid inte vara »lagens slavar», men de får heller inte »göra uppror mot den».[9] Domarna måste precisera

---

[6] Portalis, Discours, rapports et travaux inedits sur le Code Civil s. 7 f. Jfr även s. 157.

[7] Ibid. s. 8.

[8] Ibid. s. 8.

[9] Ibid. s. 14.

lagreglerna. De måste inskränka eller utsträcka dem där de finner nödvändigt. Är bokstavstolkning utesluten, måste de studera *ratio legis*, lagens anda. De får inte — säger Portalis — visa vanvördnad mot denna genom att slaviskt underordna sig lagens bokstav.[1]

När en lag är tydlig och klar skall den — anser Portalis — tolkas enligt sin ordalydelse. Skall domaren åter tillämpa en lag som är otydlig måste han förtydliga den. Han kan också bli tvungen att komplettera den om han står inför ett problem, för vilket lagen inte innehåller någon tillämplig regel. En domare får nämligen aldrig vägra att avkunna en dom under förevändning att lagen inte innehåller någon tillämplig regel eller att den är oklar eller otydlig. En direkt föreskrift härom inflöt i Code Civil Art. 4. Det skulle enligt Portalis' mening vara omöjligt att skipa rätt om domaren kunde avstå från att döma i varje av lagen inte förutsedd situation.[2]

Portalis framhåller uttryckligen att domaren har en rättsskapande funktion. Han gör också en rangordning mellan olika rättskällor. När lagens mening trots grundliga studier inte kan klarläggas måste domaren vända sig till sedvanerätten och folkets vanor. Får han inte heller då tillräcklig ledning för att kunna avgöra det fall han står inför, har han att undersöka vad rättvisan bjuder med avseende på detta. Detta sista innebär en uppmaning att vända sig till naturrätten för att hämta ledning ur dess principer.[3] Portalis använder här några från naturrättsåskådningarna lånade fraser, som döljer att en domare i en sådan situation nödgas fatta beslut på grundval av sina egna etiska och politiska värderingar. Hans ord för tanken till de åsikter som kommit till uttryck i den schweiziska civillagboken av år 1907.[4]

---

[1] Ibid. s. 14.
[2] Ibid. s. 13. Code Civil Art. 4 återges ovan s. 14 n 3.
[3] Ibid. s. 15. Jfr s. 135 ff.
[4] Jfr ovan s. 15.

Portalis utvecklar dessa åsikter vidare. Det tillkommer, säger han, rättspraxis att med stöd av framtida erfarenhet »successivt utfylla de luckor vi lämnat».[5] Han uppfattar inte lagen som något färdigt, något definitivt. Tvärtom ser han i Code Civil en produkt av den äldre franska rättsutvecklingen och samtidigt något som det tillkommer framtiden att arbeta vidare på. »Folkens lagar *skapas med tiden*», säger han, »men strängt taget *skapar man dem inte*.»[6] Dessa åsikter står ytterst nära de tankar, med vilka Savigny och den historiska skolan angrep den lag som främst är en skapelse av Portalis.[7]

Hans nyanserade syn på Code Civil blev inte den för framtiden dominerande. De nyutfärdade lagarna stod givetvis i den juridiska debattens centrum. Detta påverkade de franska juristernas syn på rättstillämpningens problem. Under 1800-talets första decennier framträdde några jurister, som sökte studera de nya lagarna i deras historiska sammanhang och som betonade sedvanerättens betydelse.[8] De dog emellertid tämligen unga och deras omedelbara inflytande blev inte stort. I stället kom den riktning att dominera som i den skrivna lagen såg den enda rättskällan. Företrädarna för denna strömning — som så småningom kommit att kallas den exegetiska skolan — ansåg att ett rättsligt ställningstagande alltid måste kunna härledas ur lagen. Denna skola nådde sin höjdpunkt med Demolombe och med Aubry och Rau, som tillsammans givit ut den mångenhanda mest ryktbara kommentaren till Code Civil.[9]

Kännetecknande för denna skola är följande. Rätten anses vara ett uttryck för lagstiftarens vilja. I rättstillämpningen gäller det framför allt att fastställa denna. Man tänker sig att lagen är fullständig så att den explicit eller implicit inne-

[5] Portalis s. 15.
[6] Ibid. s. 15.
[7] Jfr nedan s. 56 ff.
[8] Se Gaudemet, s. 27 ff.
[9] Demolombe, Cours de Code Civil; Aubry & Rau, Cours de droit civil français.

håller en regel för alla tänkbara faktiska situationer. Så är fallet även beträffande fakta, som inte är nämnda i explicit formulerade lagregler. Dessa kan nämligen alltid uppfattas såsom uttryck för mera generella principer, vilka också kan anses ingå i »lagens innehåll» eller »lagens mening». Om vissa faktiska omständigheter inte utan vidare kan hänföras under vissa explicita regler, måste tolkaren söka finna den implicerade rättsprincip som är uttryckt i de explicit formulerade reglerna. Sedan skall han tillämpa denna på de föreliggande omständigheterna. Det rör sig här om ett induktivt-deduktivt förfarande. Tolkaren har att studera enskilda explicita lagregler för att utröna deras mening. Sedan skall han söka formulera en mera generell regel. Ur den skall kunna härledas alla explicita lagregler och därjämte den regel tolkaren behöver för att kunna lösa den konflikt som gjort en tolkning nödvändig.

Det är emellertid ofta möjligt att formulera olika generella regler som fyller de angivna kraven. Tolkaren kan då ofta ur dem härleda oförenliga speciella regler. Dessa kan vara sådana att de leder till olika avgöranden av den aktuella konflikten. Två tolkare kan m. a. o. komma till olika resultat och likväl med samma rätt åberopa den skrivna lagen. De måste då träffa ett val mellan olika ställningstaganden, vilka är lika rimliga med hänsyn till förefintliga lagregler och prejudikat. Valets utgång betingas av vars och ens etiska och politiska värderingar. Tolkaren kan emellertid dölja detta genom att utan vidare deklarera att hans ställningstagande vilar på den riktiga tolkningen, på den tolkning som återger lagens rätta mening. Samma är förhållandet när juristen åberopar ett analogislut. Ett val mellan olika tänkbara analogiska argument och mellan dessa och s. k. slut e contrario vilar alltid på etiska och politiska värderingar. Det finns inga regler som avgör hur och när ett analogislut eller ett slut e contrario skall äga rum.

Den exegetiska skolan betraktade lagen såsom den enda rättskällan. Den måste därför uppfattas såsom fullständig. I

juridiska framställningar användes material från domstolspraxis endast för att belysa vad som ansågs vara lagens mening. Genom sin här i korthet återgivna lära om rättstillämpning och tolkning dolde de franska juristerna domstolarnas rättskapande verksamhet. Så småningom förändrades emellertid regelsystemet på olika områden så att det inte längre kunde bestridas att utvecklingen gått långt förbi de regler som utfärdades 1804. Sedvanerätten blev på nytt erkänd såsom rättskälla. Det började anses tillåtet att öppet åberopa denna, då lagens regler inte gav tydlig ledning.[1] Nya strömningar gjorde sig gällande, vilka nådde sin kulmen i Gény uppmärksammade teorier om rättstillämpning och lagtolkning.[2]

[1] Beudant, Cours de droit civil français I s. 85 ff. Jfr även Gaudemet s. 58 ff.

[2] Se nedan s. 78 f.

Savigny och den historiska skolan

Under senare hälften av 1700-talet och början av 1800-talet utfärdades nya omfattande lagverk inte bara i Frankrike utan även i Preussen och Österrike. Napoleons militära framgångar förde Code Civil utanför Frankrikes gränser. Av flera skäl blev den också en inspirationskälla för rättsligt reformarbete i åtskilliga länder. 1814 gav THIBAUT ut en skrift, i vilken han förordade utarbetandet av en för hela Tyskland gemensam lagbok.[1] Denna skrift framkallade samma år ett skarpt svar från SAVIGNY, den historiska skolans grundläggare och en av 1800-talets mest uppmärksammade jurister.[2] Hans svarsskrift betecknar romantikens och den nationella känslans genombrott inom juridiken. Savigny stod personligen flera av den romantiska rörelsens ledare nära. Med sin skrift öppnade han en ny front mot upplysningstidens rationalistiska åsikter. Sedan fullföljde han striden med flera större vetenskapliga arbeten.

Hume och Bentham hade med teoretiska och förnuftsmässiga argument skjutit sönder de gamla naturrättsliga åsikterna. Genom sitt intresse för den fysiska naturens inflytande på mänskliga samhällen hade Montesquieu visat vägen bort från tanken på en överallt giltig naturrätt, ehuru han själv stod kvar på naturrättslig grund. Hos Savigny finner man strängt taget inga nya faktiska upplysningar om samhället och rättsordningen. Det nya hos honom är hans allmänna attityd till de rättsliga

---

[1] Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland.

[2] Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

spörsmålen. Den som då i romantikens anda angrep förnuftet och talade för det irrationella och känslomässigt bestämda hade emellertid tiden för sig. Härtill kom att krigen mot Frankrike drivit de nationella känslorna till en dittills okänd intensitet. Detta är förmodligen förklaringen till att Savignys lära kom att spela en så stor roll inom 1800-talets rättsfilosofi.

Rättens enda källa ser Savigny i folkmedvetandet. Unga folk är, menar han, fattiga på finslipade, subtila begrepp. Däremot har de klara, åskådliga föreställningar om sin tillvaro och om rätt och orätt.[3] Ur dessa föreställningar växer rätten fram. Den är folkets gemensamma egendom på samma sätt som språket. Folkmedvetandet präglar medvetandet hos varje enskild individ. Den enskilda människans rättsmedvetande är därför inte något godtyckligt utan något »nödvändigt». Allas medvetande återspeglar »en och samma rätt».[4] Varje enskild individ har därför endast att skaffa sig kunskap om rätten. Däremot kan han inte förändra den eller själv göra nya rättsregler. Enligt Savignys mening vilar all rättstillämpning på kunskapen om rättens bud. På grund av sitt dynamiska rättskällebegrepp kan han tänka sig att de förefintliga rättsreglerna är fullständiga. Rätten innehåller m. a. o. en regel för varje tänkbar situation.

Lagstiftningen betraktar han främst som en systematisering och precisering av regler, som redan funnit uttryck i folkmedvetandet. Ett folk måste emellertid vara mycket försiktigt med att stifta lagar. Den skrivna lagen kan omöjligen fånga hela den konkreta rikedomen i folkmedvetandet. Den måste vara schematisk och abstrakt och kan därigenom komma att skada den spontana rättsutvecklingen. Mot Code Civil riktar han en sträng kritik. Den är enligt hans åsikt ett exempel på hur det abstrakta förnuftet kan våldföra sig på folkmedvetandet. Han trodde att detta rationella ingrepp i den franska

[3] Ibid. s. 9 ff.
[4] Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I s. 14.

rättens utveckling skulle få förödande verkningar.[5] En likartad churu svagare kritik riktade han mot de österrikiska och preussiska lagverken.[6] Hans respekt för det bestående var lika stark som hans misstro mot reformer. Han gick så långt i denna riktning, att han inte ens erkände olägenheten av att olika delar av Tyskland hade olika rättssystem.[7]

Detta är Savignys allmänna utgångspunkt. Den modifieras sedan på olika sätt. Med samhällsutvecklingen uppstår, framhåller han, en särskild grupp av individer, vars uppgift är att syssla med rättsliga spörsmål. Samhället får ett särskilt »juriststånd». Juristerna har att studera och i ord utveckla de folkliga rättsföreställningarna. Rätten ges en språklig dräkt. Så småningom framväxer en rättsvetenskap, som analyserar och utvecklar de juridiska begreppen. Genom denna process förändras rättsmedvetandet. De ursprungliga föreställningarna preciseras och nyanseras. De blir förfinade och subtila. Rätten får nu en dubbel existens. Samtidigt som den fortfar att vara en del av »folkets liv» får den en ny tillvaro såsom en vetenskap i juristernas händer. De allmänna rättsföreställningar, som är hela folkets egendom, kallar Savigny »rättens politiska element». De mera subtila och komplicerade regler och begrepp och det därmed följande komplicerade rättsmedvetande, som är utmärkande för juristerna, kallar han »rättens tekniska element».[1] Denna distinktion till trots betraktar emellertid Savigny hela rättsssytemet såsom något »organiskt», något som vuxit fram ur folkdjupet. Rättens regler är inte betingade av enskilda individers avsikt eller vilja. Inte ens de mest detaljerade institut innehåller något godtyckligt.[2]

Detta är den första av den serie modifikationer genom vilka

---

[5] Savigny, Vom Beruf s. 54 ff.
[6] Ibid. s. 81 ff.
[7] Ibid. s. 41.
[1] Ibid. s. 12 f. Jfr Savigny, System I s. 45 ff.
[2] Savigny, Vom Beruf s. 13 f; System I s. 14 f.

Savigny söker undgå konsekvenserna av sin principiella åsikt. Sedan ett särskilt juriststånd utbildats blir detta i allt väsentligt bärare av de folkliga rättsföreställningarna.[3] Han låter juristerna »representera» folket. Deras rättsföreställningar uppfattar han såsom folkets. I denna form kunde läran bli ett tjänligt medel för hans rättspolitiska program: en ännu mera långtgående reception av romersk rätt i Tyskland. Antagligen hade den romerska rätten mera gehör inom juristkåren, vars medlemmar tränats i romerskrättsliga studier, än hos det tyska folket i allmänhet. Då han en gång för alla bestämt sig för att låta juristernas rättsmedvetande representera folkets, kände han inte något tvång att närmare studera de folkliga rättsföreställningarna. Han kunde åberopa sig på juristernas rättsmedvetande i sin strävan att införa romerskrättsliga regler, vilka av allt att döma saknade starkare förankring i det »tyska folkmedvetandet». Han var emellertid inte nöjd härmed. Han ansåg att juristståndets rättsmedvetande i långt högre grad borde återspegla den romerska rätten. Han rekommenderade därför universiteten att genom vidgad undervisning i romersk rätt ge juristerna sådana rättsföreställningar som de enligt hans mening borde ha.[4] För att göra denna undervisning effektiv lät han minska universitetsundervisningen i germansk rätt. Under en period lyckades han vid universitetet i Berlin helt avskaffa all undervisning i Allgemeines Landrecht, den lag som de preussiska domstolarna hade att tillämpa.[5] Här skall inte göras något uttalande om Savignys rättspolitiska program. Att taga ställning till det är inte någon teoretisk uppgift. Det förtjänar emellertid att påpekas hur långt han i dessa sina strävanden avlägsnat sig från sin principiella åsikt, att rätten är något naturvuxet, något som den enskilde inte kan påverka mer än han kan förändra det språk som talas i hans land.

[3] Savigny, Vom Beruf s. 12; System I s. 46.
[4] Savigny, Vom Beruf s. 121 ff., särskilt s. 125.
[5] Jones s. 62.

Savigny gör i sin lära strängt taget inte något verkligt bruk av begreppet »folkmedvetande». Det är en ur propagandasynpunkt värdefull fras som han använder när så är lämpligt. Han gör emellertid begreppet helt oskadligt, när det inte längre passar. Den skrivna lagen är »organ för folkets rätt». Den, som inte godtar detta, uppfattar lagstiftaren såsom »stående utanför nationen», vilken Savigny anser orimligt. Lagstiftaren står tvärtom i »dess mittpunkt». Han koncentrerar i sig folkets »anda, övertygelser och behov». Han är »den sanne företrädaren för folkmedvetandet».[6] Detta gäller vare sig »lagstiftaren» i ett samhälle är en furste, en senat, en lagstiftande församling eller en furste och en församling gemensamt etc. En sådan åsikt gör det omöjligt att någonsin kritisera en lag för att den strider mot folkmedvetandet. Den är därför oförenlig med en väsentlig del av Savignys egen kritik mot de på hans tid gjorda kodifikationerna. Är lagstiftaren alltid organ för folkmedvetandet måste detta gälla även om de lagstiftare som utarbetade, antog och utfärdade Code Civil.

Savigny godtar rättspraxis som rättskälla därför att den är uttryck för folkmedvetandet.[7] Av samma skäl anser han rättsvetenskapen var en rättskälla.[8] Det är i egenskap av representanter för folket som juristerna handskas med rättens regler och modifierar, preciserar, förändrar eller kompletterar dessa.

Begreppet »folkmedvetande» är i en sådan rättslära utan betydelse. Savigny räknar med tre rättskällor, lag, rättspraxis och rättsvetenskap. Dessa uppfattar han som rättskällor *därför att de är organ för folkmedvetandet*. Den sista bestämningen är utan sakligt innehåll. Inom den egentliga juridiken offrar man nämligen inte tid på att ta reda på folkmedvetandets

---

[6] Savigny, System I s. 39.
[7] Ibid. s. 35 ff.
[8] Ibid. s. 45 ff.

innehåll på annat sätt än genom att studera lagar, rättspraxis och juridisk litteratur.[9]

Det väsentliga i Savignys teorier om rättstillämpningen kan mycket väl delas även av den som förkastar tanken på »folkmedvetandet» som all rätts ursprungliga källa. Hur förhåller sig de olika rättskällorna till varandra? Vad skall juristen göra, när han med åberopande av olika rättskällor kan komma till skilda resultat? Eller när lagen är otydlig, praxis vacklande och juridiska författare oeniga om hur en viss fråga skall lösas? Savigny har inte mycket att svara på dessa frågor. Han säger i största allmänhet att ett sunt rättstillstånd endast föreligger, om de olika »rättsbildande krafterna verkar tillsammans på ett harmoniskt sätt», ett uttalande som inte är särskilt vägledande.[1]

I diskussionen av dessa frågor utvecklar Savigny synpunkter som i hög grad påminner om de naturrättsliga åskådningar som han i andra sammanhang så häftigt bekämpar. Varje rättssystem har — säger han — två element, ett nationellt som tillhör varje folk enskilt och ett allmänt som är grundat på den mänskliga naturen.[2] Det centrala i detta senare är människans överallt lika sedliga värde och lika rätt till frihet.[3] För att förena denna åsikt med den ursprungliga läran om folkmedvetandet säger Savigny att dualismen i rätten dock endast är skenbar. Djupast är rättens båda element uttryck för »en och samma odelade, skapande kraft».[4] Varje enskilt folk har en uppgift som det måste lösa på sitt speciella sätt på grund av sina särskilda levnadsbetingelser. Denna uppgift är angiven genom »den mänskliga naturens sedliga bestämmelse»[5], vilken är fastställd i den kristna religionen.

[9] Jfr Ahlander, Är juridiken en vetenskap? s. 64 ff.
[1] Savigny, System I s. 51.
[2] Ibid. s. 52.
[3] Ibid. s. 55.
[4] Ibid. s. 54.
[5] Ibid. s. 53.

Här uppträder en ny faktor såsom bestämmande för rättens innehåll. Det är den kristna etiken. Rätten kan då inte längre liknas vid språket. En italienare, en tysk och en fransman talar skilda språk, men det behöver inte finnas någon skillnad mellan deras religiösa trosföreställningar och religiösa övertygelser. De råd Savigny ger om vad juristerna bör beakta då de skall utfärda en lag eller avkunna en dom i ett mål, där rättens innehåll inte kan tydligt klarläggas, är också helt oberoende av hans romantiska rättsfilosofi.[6] De överensstämmer med vad som vanligen brukade anföras av naturrättsanhängarna. Liksom 1700-talets naturrätt präglas de av ett utilistiskt drag.

Lagtolkning beskriver Savigny såsom »fri verksamhet», en »konst» som inte kan läras genom några regler.[7] Samtidigt säger han emellertid att den syftar till en »rekonstruktion av den i lagen inneboende tanken»[8], att den har till syfte att »klarlägga lagens sanna mening»[1]. Han säger också att tolkaren i varje särskilt fall måste anstränga sig att nå fram till det riktiga resultatet.[2] Han räknar då uppenbarligen med att det i varje tolkningssituation finns en och blott en riktig tolkning. Detta förutsätter att det finns ett bestämt system av regler, enligt vilket tolkaren kan avgöra om det resultat han kommit till är riktigt eller inte, en åsikt som Savigny uttryckligen förkastat. Förmodligen är hans åsikt att varje tolkning i princip kan leda till ett och blott ett resultat, medan det däremot i praktiken många gånger är omöjligt att säga vilket detta resultat är.

Rättstillämpning och tolkning är för Savigny en kunskapsfråga. Domaren skall i varje situation ta reda på lagstiftarens tanke. Har han en säker kunskap om denna är det tillåtet för

---

[6] Ibid. s. 55 ff.
[7] Ibid. s. 211.
[8] Ibid. s. 213.
[1] Ibid. s. 207.
[2] Ibid. s. 211.

honom att korrigera en felaktigt avfattad lagtext. Han gör då endast rättvisa åt lagstiftarens tanke. Däremot får han inte gå ett steg vidare och korrigera lagstiftarens tanke. Då rör det sig inte längre om tolkning utan om en »vidareutveckling av rätten». Samma är förhållandet om domaren kompletterar de förefintliga lagarna med regler, som de enligt hans mening borde innehålla.[3] Trots sin principiella lära om rättens liv och utveckling i folkmedvetandet ställer sig Savigny avvisande till domstolarnas rättsskapande funktion. Domaren som under sken av tolkning förändrar rättens innehåll, »misskänner gränserna för sitt eget ämbete». Han ställer sig »över lagstiftaren».[4] Något sådant vill Savigny blott godta i undantagsfall och under vissa givna betingelser.[5]

Naturrättsliga teorier innebär — som sagts — att domaren även i de fall, då han avkunnar en dom utan entydigt stöd av lag, rättspraxis eller sedvanor likväl handlar på grundval av ett slags kunskap, nämligen kunskapen om vissa naturrättsliga principer. Savigny söker på ett annat, ehuru i princip likartat sätt bevara föreställningen att domarens handlande är bestämt av hans kunskaper. Rätten utvecklas i folkmedvetandet utan någon egentlig medveten medverkan från de enskilda individernas sida. Den är en skapelse av det gemensamma folkmedvetandet som är verksamt inom varje individ.[6] Rätten kompletterar därför sig själv. När helst ett rättsförhållande blir aktuellt, finns det sedan länge »en regel för detta; det är därför varken möjligt eller påkallat att skapa en sådan».[7] Rättsutvecklingen står över individernas godtycke och fria val.[8] Den är bestämd av en i rätten inneboende »organiskt

---

[3] Ibid. s. 233 ff. och 321 ff.
[4] Ibid. s. 322.
[5] Ibid. s. 323.
[6] Ibid. s. 14.
[7] Ibid. s. 14.
[8] Ibid. s. 15.

skapande kraft».[9] När en domare gör en ny regel eller kompletterar en gammal sker strängt taget ingen nyskapelse. Hans handlingssätt kan te sig så men det är bestämt av en fördjupad kunskap om hur rätten faktiskt är beskaffad.

Savigny har två oförenliga tankar om hur domarna förvärvar denna kunskap. På ett ställe säger han att de kan nå fram till den genom att analysera folkmedvetandets innehåll och ge begreppslig form åt dettas åskådliga föreställningar.[10] I andra sammanhang företräder han en mera rationalistisk uppfattning. Han säger exempelvis att en triangel har vissa bestämningar, ur vilka man med nödvändighet kan härleda en mängd sanna satser om trianglar. »På liknande sätt har vi på varje område av vår rätt vissa delar, genom vilka rättens övriga innehåll är givet; vi kan kalla dem ledande grundsatser.»[1] I överensstämmelse härmed liknar Savigny den klassiska romerska rätten vid matematiken och han anser att de romerska juristerna utförde räkneoperationer med sina begrepp.[2] Den förra uppfattningen överensstämmer bäst med Savignys romantiska filosofi. Den senare för däremot tankarna till den rationalistiska naturrätten. Både naturrättsanhängarnas och Savignys åsikter i dessa frågor utgör olika sätt att dölja den omständigheten, att domare måste avkunna domar, som är bestämda av deras etiska och politiska värderingar, när innebörden av lag och rättspraxis inte kan klarläggas på ett vetenskapligt tillfredsställande sätt.

Savigny ville reducera lagstiftningens betydelse. Han använder de flesta av de argument som i senare rättsfilosofi anförts till stöd för kraven på ökad självständighet för domstolarna i förhållande till den skrivna lagen. Hans nationalism

---

[9] Ibid. s. 290 f.

[10] Ibid. s. 16. För precisering och kritik av sådana tankegångar hänvisas till s. 90 ff.

[1] Savigny, Vom Beruf s. 22.

[2] Ibid. s. 29.

och romantiska inställning kom honom att anlägga nya perspektiv på rättsordningen. Samtidigt satt han emellertid hårt fast i den traditionella juridiska metodiken, exempelvis i sin uppfattning av rättstillämpning och tolkning. För att göra sin principiella åskådning ofarlig för sin uppfattning av rättstillämpningens innebörd tvingades han till talrika modifikationer och inkonsekvenser. I själva verket accepterade han endast romantiken och nationalismen så långt som de inte rubbade den traditionella synen på juristernas verksamhet.

Att en sådan rättslära måste splittras är tämligen självklart. Den innehåller i sig uppslag till åtskilliga senare rättsfilosofiska åskådningar. Positivismen, den sociologiska juridiken och frirättsrörelsen kan alla åberopa sig på synpunkter och argument ur Savignys skrifter. Han har därför blivit uppfattad på de mest skilda sätt. Han har presenterats som benhård anhängare av naturrätten, som den förste »frirättsteoretikern» etc.[3] Den inre spänningen i hans rättslära gör hans skrifter särskilt intressanta inte minst i vår tid. De problem han brottas med har ännu inte fått någon definitiv lösning. Ett studium av Savigny är därför av värde för bedömningen av de förslag till lösningar, som tillhandahålles i modern rättsfilosofi.

[3] Se härom Ross s. 129 ff.

Positivismen och begreppsjuridiken

Positivismen växte omärkligt fram ur den historiska skolan. Kanske är det mera korrekt att säga att en gren av denna skola långsamt förändrade sig och blev positivism.[1] Juristerna kom att ställa sig mer och mer skeptiska till läran om folkmedvetandet. Inte heller var de i längden villiga att godta åsikten att rätten på grund av sin inneboende skapande kraft kompletterade sig själv utan att påverkas av individernas vilja, strävan och beslut. De tyska juristerna fick andra syften och ställde andra mål för sin verksamhet. Då de började förbereda en för hela Tyskland gemensam lagstiftning, var det naturligt att de förkastade de fraser, med vilka Savigny bekämpat tanken på en sådan. Teorien om rätten såsom ett uttryck för statens vilja kan delvis uppfattas såsom ett medel att bereda väg för den framtida lagstiftningen. Den har emellertid också utformats på grund av mera teoretiska överväganden. Det allmänna andliga klimatet hade förändrats sedan den tid då Savigny formulerade sitt program. Romantiken hade mist sitt grepp över sinnena. 1839 började Comte publicera det verk, i vilket han utvecklade sin positivistiska filosofi.[2] Det kom att skänka sitt namn åt varje filosofisk riktning, som avvisar metafysiska och teologiska spekulationer och begränsar vetenskapen till den »positiva erfarenheten». Vetenskapen kan enligt dessa åskådningar endast syssla med det erfarenhetsmässigt givna. Det är detta som den har till uppgift att studera, beskriva och syste-

[1] Jfr Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche s. 9.
[2] Comte, Cours de philosophie positive Vol. 1—6.

matisera. Den juridiska positivismen förenar i sitt namn associationer både från dessa positivistiska strömningar och från den medeltida juridiska termen *jus positivum*.[3]

Positivisterna ansåg i överensstämmelse härmed att en regel var en rättsregel, om den utfärdats av myndigheter, som innehade högsta makten i samhället och därför kunde beivra en överträdelse av den. Rätten uppfattades i allmänhet såsom den av behöriga myndigheter fastställda statsviljan. Detta grundläggande begrepp, »statens vilja» eller »samhällsviljan», är emellertid en ren fiktion. En stat är inte någon person som kan vara utrustad med en vilja. Ingen har exempelvis sett den svenska staten. Det enda som kan studeras är människor som står i vissa relationer till varandra och som uppträder och handlar på olika sätt. En av dem är kung, andra är ledamöter av regering och riksdag, ytterligare andra är underordnade myndighetspersoner. Andra individer slutligen är medborgare i allmänhet eller utlänningar. »Statens vilja» eller »samhällsviljan» är därför när det gäller juridiska frågor endast ett bildligt sätt att beteckna lagstiftares, domares och andra myndighetspersoners verksamhet. Påståendet att en viss regel är statens vilja utvidgar därför inte vår kunskap, om vi redan vet att den är utfärdad av behöriga myndigheter och tillämpas av domstolarna i ett visst land.[4]

Denna och andra viljeteorier har ingående kritiserats av Hägerström och företrädarna för Uppsalafilosofien.[5] Det är deras förtjänst att ha visat upp det fiktiva i viljeteorierna. Även deras kritik måste dock läsas med en viss försiktighet. Många positivister använde frasen »statens vilja» — förmodligen fullt medvetet — såsom en kort och enligt deras mening

---

[3] Jfr ovan s. 22.

[4] Jfr Ahlander s. 51 ff.

[5] Se exempelvis Hägerström i Festskrift tillägnad Vitalis Norström; Lundstedt, Obligationsbegreppet II s. 62 ff. och Olivecrona i Statsvetenskaplig Tidskrift 1947.

ändamålsenlig term när de uttalade sig om lagstiftares och domares verksamhet.[6] Häri ligger ingenting orimligt, såvida man inte vill förebrå dem valet av ord som beteckning för vissa sakförhållanden. Kritiken kan i ett sådant fall endast gälla ett rent terminologiskt spörsmål. Det vore vidare synnerligen förhastat att tro att var och en som använder uttryck som »stat» eller »statens verksamhet» när de uttalar sig om rätten därmed gjort sig skyldiga till något ur vetenskaplig synpunkt förkastligt. Det är ett tämligen vanligt sätt att beteckna lagstiftares och myndighetspersoners verksamhet.[7]

Positivisterna uppfattade det rättsliga regelsystemet såsom »ett i sig harmoniskt system av imperativa bestämmelser».[1] De tänkte sig att detta system vore fullständigt. Varje faktisk situation kunde hänföras under någon eller några generella regler, vars innehåll kunde klarläggas genom studier av lagar och rättspraxis. Den som var oviss i någon fråga hade bara att fördjupa sina studier. Om två personer hade olika åsikt, kunde deras oenighet övervinnas genom att de skaffade sig bättre kunskaper. Vissa regler var — ansåg man — lätta att nå kunskap om eftersom de fått en explicit formulering i lagbestämmelser eller rättspraxis. Andra åter var svåra att ta reda på eftersom de inte fanns formulerade på ett sådant sätt. De måste då konstrueras med utgångspunkt från explicit formulerade regler eller från begrepp, som kommit till användning i sådana regler.

Vare sig en regel är lätt eller svår att finna har den emellertid enligt positivismen samma »existens». Skillnaden består endast i sättet att nå kunskap om den.[2] Alla regler, som juristen kunde konstruera med utgångspunkt från erkända rättskällor, ansågs utgöra konstaterbara rättsliga fakta. Vem som helst kunde

---

[6] Så t. ex. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht.
[7] Se t. ex. Salmond s. 49.
[1] Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie s. 391.
[2] Ibid. s. 381.

därför, tänkte man sig, nå kunskap om de rättsregler som gällde i fråga om ett visst givet fall. Domare och rättsvetenskapsmän ansågs dock på grund av sin utbildning och förtrogenhet med den juridiska arbetsmetoden ha en speciell färdighet i att göra detta.

Positivisterna strävade efter att göra juridiken till en vetenskap. Med detta menade de något mera än en beskrivning av rätten sådan den faktiskt var beskaffad i olika länder. Varje rättssystem befinner sig i en ständig förändring. Juristerna ville söka det konstanta, det beständiga bakom rättens förändringar. I de juridiska begreppen trodde de sig ha funnit något allmängiltigt och oföränderligt. Juridiska grundbegrepp sådana som *rätt, rättighet, rättsstridighet,* men också mera speciella begrepp som *äganderätt, panträtt, besittning* o. s. v., ansågs ha en »universellt giltig kärna».[3] I vissa oväsentliga detaljer kunde de juridiska begreppen vara olika i olika rättssystem. Till sitt »egentliga väsen» tänktes de emellertid vara överallt lika. Det fanns likväl jurister som ställde sig kritiska till denna då dominerande strömning. Kända är KIRCHMANNS ord: »Tre beriktigande ord av lagstiftaren och hela bibliotek förvandlas till makulatur.»[4]

Den vid denna tid gängse åsikten innebar att begrepp såsom exempelvis *äganderätt* med logisk nödvändighet måste ange vissa bestämda kombinationer av rättsfakta och rättsföljder. Ett sådant begrepps kärna bestod däri att vissa bestämda rättsföljder alltid var anknutna till vissa bestämda faktiska situationer. Det är denna uppfattning som sedan kallats begreppsjuridik eller mera pejorativt begreppsjurisprudens. Den innebär att juridiken genom historiska och systematiska undersökningar kunde fastställa vilka kombinationer av rättsfakta och rättsföljder, som utgjorde »kärnan» i varje juridiskt begrepp. Därpå följde uppgiften att ordna de sålunda vunna begreppen i en

[3] Ihering, Geist des Römischen Rechts I s. 363.
[4] Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft s. 19.

systematisk enhet. Ihering, som under sin tidigare levnad var en varm anhängare av denna metod, liknade juridikens arbetssätt vid biologiska undersökningar och biologisk systematik. Han talar också om denna juridiska metod som den »naturhistoriska».[5]

Begreppsjuridiken spelade en stor roll för de positivistiska rättstillämpningsteorierna. När en jurist skulle avgöra ett konkret fall och därvid lämnades utan stöd av lag och rättspraxis skulle han enligt deras åsikt ställa sig frågan: under vilket juridiskt begrepp skall föreliggande fakta hänföras? Det ingick i begreppsjuridikens föreställningsvärld, att den frågan alltid kunde besvaras. Man tänkte sig att den, som skaffade sig en tillräckligt djupgående kunskap om de juridiska begreppens väsen, alltid kunde ta reda på under vilket begrepp vissa givna fakta skulle hänföras. Härmed var också juristens ställningstagande i det enskilda fallet givet. Det följde helt enkelt såsom en logisk konsekvens av att ifrågavarande fakta hänförts under ett visst begrepp. Det var begreppsjuridiken som gjorde det möjligt för positivisterna att upprätthålla tanken på rättssystemets fullständighet. Allt som kunde härledas ur ett i lagen använt begrepp måste nämligen — enligt deras åsikt — vara omfattat av lagstiftarens vilja. Därmed ingick också alla dessa konsekvenser i »lagens mening».

Denna juridiska metod går tillbaka till Grotius och den rationalistiska naturrätten.[6] För Grotius är rätten logiska konsekvenser av vissa ursprungligen givna naturrättsliga principer. Begreppsjuristerna åter uppfattar rättssystemet såsom logiska konsekvenser av begrepp som använts av lagstiftaren. Dessa begrepp tänktes emellertid ha en »universellt giltig kärna». Lagstiftarens vilja ansågs vidare ha omfattat alla konsekvenser, som kan härledas ur denna. Därför blir den praktiska skillnaden mellan den rationalistiska naturrätten och begreppsjuridi-

[5] Ibid. s. 358.
[6] Jfr ovan s. 25 ff.

ken inte stor. Inom begreppsjuridiken framträder i ny form den från naturrättsteorierna kända relationen mellan en faktisk och en ideell egenskap hos rätten. Positivisterna sökte emellertid dölja den ideella egenskapen genom att inte närmare ange vad det innebär att en lagregel eller en rättsregel faktiskt föreligger. De begreppsliga spekulationerna gjorde det möjligt att smussla in helt nya regler i det positiva rättssystemet utan att detta behövde märkas. Därför kunde positivisterna förena tanken att rätten enbart är något faktiskt — viljeyttringar från behöriga organ — med tanken att rätten är fullständig så att domarna kan tillämpa den utan att tvingas fatta beslut på grundval av självständiga värderingar.

Begreppsjuridiken innebär en falsk intellektualisering av den juridiska verksamheten. De juridiska begreppen är liksom alla empiriska begrepp vaga. Det finns m. a. o. situationer i vilka juristen omöjligen kan *veta,* i den betydelse detta ord har inom vetenskaperna i allmänhet, om vissa fakta skall hänföras under ett begrepp eller under ett annat, exempelvis om ett avtal skall betraktas såsom ett nyttjanderätts- eller ett servitutsavtal. Han vet emellertid att det får olika rättsföljder om det betraktas på det ena eller det andra sättet. Han frågar sig då av naturliga skäl om han finner det önskvärt eller rättvist att det avtal han har framför sig skall få servitutets eller nyttjanderättens rättsföljder. Han kan inte fatta ståndpunkt annat än efter en värdering, en viljeakt. Antag att han bestämmer sig för att välja servitutets rättsföljder! En begreppsjurist skulle då säga att avtalet i fråga får dessa rättsföljder emedan det *är* ett servitutsavtal. Det var emellertid just detta som var tveksamt. Vad som skett är i verkligheten att domaren i fråga bestämt sig för att kalla det föreliggande avtalet servitutsavtal därför att han ville att det skulle få vissa rättsföljder.

Argument av den nu berörda begreppsjuridiska typen utgör spegelfäkteri bakom vilket juristen döljer, att han fattat ett beslut, som i realiteten bestämts av hans etiska och politiska

värderingar. Detta påstående innebär ingen anslutning till den nu gängse seden att med oavkortat förakt tala om »begreppsjurisprudens». Detta är olämpligt av flera skäl. Först och främst därför att s. k. »begreppsjurisprudens» i pejorativ mening är lättare att upptäcka hos andra än hos sig själv. Vidare därför att vissa begreppsjuridiska argument måste förekomma i juridiken. Om påståendet att vissa fakta skall hänföras under ett visst begrepp vilar på skäl av gängse vetenskaplig typ, kan givetvis inga principiella invändningar göras emot detta.

Slutligen måste det erkännas att den ur teoretisk synpunkt tvivelaktiga delen av begreppsjuridiken spelat en viktig roll för rättsutvecklingen. Moderna kontinentala jurister arbetar med en skriven rätt såsom den viktigaste rättskällan. I denna har lagstiftaren sökt ge de juridiska begreppen någorlunda entydiga och preciserade bestämningar. I 1800-talets Tyskland var läget ett annat. Juristerna stod inför tvånget att skapa ett användbart rättssystem genom en bearbetning av ett svåröverskådligt rättsligt material av romerskt och germanskt ursprung. Kierulff, en samtida till Savigny, säger direkt att ett sådant läge gör en begreppsjuridik nödvändig.[7] Han avvisar dock ingalunda teleologiska synpunkter och argument. Tvärtom framhåller han, att juristerna måste se till att begreppen blir praktiskt användbara.[8] Det är först senare begreppsjurister som avvisar alla värderingar och teleologiska argument och som uppfattar juridiken såsom ett rent räknande med begrepp.[9]

Positivismen och begreppsjuridiken spelade stor roll för tillkomsten av Bürgerliches Gesetzbuch. De fyllde samma funktion i förhållande till detta lagverk som den rationalistiska naturrätten i förhållande till de kodifikationer som skedde ungefär ett århundrade tidigare. De ledde till en genomarbet-

---

[7] Kierulf, Theorie des Gemeinen Rechts s. XXIII ff.

[8] Ibid. s. XXIX. Jfr även Binder i Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Vol. 100 (1934) s. 11 ff.

[9] Se t. ex. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts s. 59 f.

ning och en för lagstiftningsarbetet ytterst viktig systematisering av det rättsliga materialet.

Hume och Bentham hade framträtt som kritiker mot naturrätten. Hume ansåg, att de naturrättsliga principerna blott användes för att pryda ställningstaganden, som i realiteten bestämts av hänsyn till den allmänna nyttan. Hume förberedde också den utilism som Bentham skulle göra världsbekant. I förhållande till begreppsjuridiken var det IHERING som kom att spela samma roll som Hume och Bentham i fråga om naturrätten.

Hans från början i anonyma uppsatser publicerade angrepp på begreppsjuridiken samlades senare i den numera klassiska *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Nu utvecklar Ihering under tydligt inflytande av Bentham en utilistisk lära. Vad skall juristen beakta då han inte får erforderlig ledning av lag och rättspraxis? Svaret på dessa frågor finner Ihering i ändamålet. Rätten är något som måste uppfattas teleologiskt. Den har till uppgift att skydda och främja vissa intressen. Ihering menar att juristerna i alla tider låtit sitt handlande bestämmas av teleologiska överväganden ehuru de inte alltid gjort det medvetet. Genom att göra dem medvetna om att rätten inte kan förstås annat än i samband med de intressen den skall främja och skydda, vill Ihering göra dem bättre rustade för sitt yrke. Innan vi går in på Iherings teleologiska juridik som leder oss rakt in i den moderna diskussionen måste vi emellertid ägna uppmärksamhet åt vissa andra rättsfilosofiska strömningar.

Den rena rättsläran

Rättsregler är enligt KELSENS mening normer. Att en rättsregel »existerar» betyder i själva verket — anser han — ingenting annat än att den gäller. En norms giltighet kan emellertid endast härledas ur en annan och högre norm.[1] Att en rättsnorm är högre än en annan betyder, att den bestämmer sättet för skapandet av den typ av normer som den lägre normen tillhör. Att föra en person till fängelset är en rättsenlig handling om det finns en lagakraftägande dom mot honom. Dennas giltighet beror på giltigheten av de lagrum som åberopats och på att processen ägt rum enligt gällande rättegångsordning. Dessa senare regler är i sin tur giltiga, därför att de tillkommit i överensstämmelse med grundlagen. Denna kan anses giltig t. ex. om den vilar på en äldre grundlag, vilken kanske i sin tur skapats efter en revolution. I sista hand måste man alltid anta en ännu högre hypotetisk norm, en *grundnorm*. Denna innebär blott att den faktiskt föreliggande grundlagen skall gälla. Ur denna grundnorm kan hela rättssystemets giltighet härledas. Antagandet av en sådan norm innebär, enligt Kelsens mening, blott att man explicit utvecklar en nödvändig förutsättning för det juridiska arbetet.[2]

Den rena rättsläran avser inte att uttrycka några värderingar. Den söker tvärtom utmönstra alla värderingar ur juridiken. Skulle grundlagen i ett samhälle ändras genom en revolution måste en ny grundnorm antas, som innebär att den nya författningen skall gälla. Den rena rättsläran uppfattar

[1] Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechstlehre s. 8 ff.
[2] Kelsen, Reine Rechtslehre s. 62 ff.

inte juridiken som en vetenskap om faktiska händelseförlopp. Ett juridiskt omdöme innebär i stället alltid att vissa normer är giltiga. Rätten är ett system av normer som endast kan förstås om de studeras under »börats kategori».[3] Vetenskapen studerar däremot sina objekt under »varats kategori».

Påståendet att en norm är »giltig» för vissa individer betyder inte — menar Kelsen — att någon »vill» att de skall bete sig på ett visst sätt. Normens giltighet är inte beroende av någons vilja. Påståendet betyder inte heller att det faktiskt finns individer som beter sig på det sätt som normen föreskriver. Normen är giltig för dem även om de inte rättar sitt handlande efter den. Påståendet innebär att en viss handling *bör* företas, att den är »juridiskt nödvändig».[4]

Är den rena rättsläran konsekvent, klipper den av varje förbindelse mellan »varats kategori» och »börats kategori» och därmed också mellan rätten och den sociala verkligheten. Den blir då helt intresselös. Kelsen använder emellertid rättens normer för att studera och förstå faktiska sociala händelseförlopp.[4a] Därmed kommer han i konflikt med sina egna utgångspunkter.

Kelsens lära är ett försök att komma till rätta med den gamla tron att rätten på en och samma gång är något faktiskt och något ideellt. Han har obestridligen rätt i att denna senare egenskap inte kan härledas ur den faktiska viljan hos lagstiftaren i ett visst samhälle. Det är för att »förklara» denna ideella giltighet som han tvingas anta en grundnorm. Det är emellertid uppenbart att en grundnorm, som Kelsen själv har hittat på, inte kan användas såsom en förklaringsgrund i vetenskaplig bemärkelse. Han har visat att rättens ideella giltighet skulle kunna härledas ur antagandet av en sådan norm. Däremot har han inte visat något övertygande skäl att göra detta antagande.

---

[3] Ibid. s. 20.

[4] Kelsen, General Theory of Law and the State s. 37 och s. 168.

[4a] Se t. ex. Kelsen i Statsvetenskaplig Tidskrift 1933 s. 195 ff.

Att han anser sig behöva det för att förklara rättens ideella giltighet är inte ett sådant skäl. Det är nämligen mera rimligt att hävda att rättens ideella giltighet är en term som saknar mening.[5] Kelsen har emellertid åtskilligt av värde att säga om olika juridiska och rättsfilosofiska problem. Inte minst gäller detta om rättstillämpning och lagtolkning.

De lägre normerna i ett rättssystem är enligt Kelsens lära »obestämda». Med detta menar han att det inte är på förhand bestämt vilka konkreta normer som domstolar och andra rättstillämpande myndigheter i olika fall skall uppställa. Denna obestämdhet kan vara avsiktlig. Lagstiftaren överlåter åtskilliga saker åt domarens prövning, exempelvis straffmätningen. Normerna kan emellertid också vara oavsiktligt obestämda. Som exempel på detta nämner Kelsen att det i lagar och förordningar ingår ord eller uttryck som är mångtydiga. En obestämdhet föreligger också när tolkaren med fog kan anta en olikhet mellan »de språkliga uttrycken för en norm och den vilja som den normskapande auktoriteten velat tillkännage genom dessa uttryck». Slutligen föreligger en obestämdhet när två olika normer, som båda kan antas vara gällande, helt eller delvis motsäger varandra.[6]

I alla de nämnda fallen kan juristen tolka en norm på olika sätt. Två jurister kan ta ställning till samma situation på olika sätt och ändå med lika goda skäl åberopa sig på en och samma lagregel. Denna anger i sådana fall blott en ram, inom vilken juristen kan välja mellan olika tillämpningsmöjligheter. Varje ställningstagande som håller sig inom den står — menar Kelsen — i överensstämmelse med normen i fråga.

Definieras tolkning såsom ett försök att fastställa betydelsen av en norm, är det därför enligt Kelsens mening ingalunda säkert att en tolkning alltid ger ett bestämt resultat. Ofta måste tolkaren nöja sig med att ange alternativa tolkningar

[5] Jfr Wedberg, Den nya logiken II s. 12.
[6] Kelsen, Reine Rechtslehre s. 90 ff.

som alla befinner sig inom lagens ram. Han konstaterar då att lagen kan tolkas på flera olika sätt utan att uttala sig om vilken tolkning som är mest trovärdig. Att en dom är grundad på en lagregel betyder därför att den håller sig inom en däri angiven ram, att den är en av de speciella normer som är möjliga inom lagens ram.[7]

Då två alternativa tolkningar är lika trovärdiga kan man, menar Kelsen, endast nå fram till *en möjlig tolkning*, aldrig till *en riktig tolkning*. Detta innebär att juristerna inte är berättigade att tala om »lagens rätta mening» när olika tolkningar är lika möjliga. Att avgöra vilken tolkning som skall anses »riktig» är för honom inte någon teoretisk uppgift. Det är ett rättspolitiskt spörsmål. Domaren kan inte avgöra den frågan utan att själv värdera. Det krävs ett viljemässigt beslut från hans sida, ett handlande bestämt av hans egna etiska och politiska värderingar. I sin rättskapande verksamhet är domaren visserligen starkare bunden av lagarna än lagstiftaren är av grundlagen men »också han är vid utövandet av denna funktion relativt fri».[8]

Värderingsmomentet inom den juridiska verksamheten, det viljemässiga, faller utanför den rena rättslärans intresse. Sådant anser den vara rättspolitik, inte juridik. Därför stannade Kelsens rättstillämpnings- och tolkningsteori vid dessa i och för sig intressanta uttalanden. Teoriens »renhet» hindrade Kelsen att ge sig i kast med en fördjupad analys av tolkningsproblemen.

[7] Ibid. s. 94 ff.
[8] Ibid. s. 96 ff.

Moderna naturrättsligt färgade åskådningar

Före Kelsens framträdande, redan i slutet av 1800-talet gjorde sig en stark reaktion gällande mot de rättsfilosofiska åsikter som företräddes av positivismen, den exegetiska skolan och den analytiska juridiken. Denna reaktion medförde också en naturrättens renässans.

Marken var — som sagts — väl förberedd när GÉNY framträdde med sin kritik av den exegetiska skolan. Hans allmänna syften erinrar om den frirättsliga skolans men hans ideologiska överbyggnad är en annan.[1] Juristen skall — menar Gény — följa lag och rättspraxis där dessa lämnar entydig ledning. Han avvisar den frirättsliga åsikten att domaren, när han så finner lämpligt, kan korrigera en tydlig lag.[2] Den viktigaste uppgiften i rättstillämpningen är enligt hans åsikt att klarlägga lagstiftarens vilja. När lagen är otydlig och praxis inte heller lämnar tydlig vägledning tvingas domaren att komplettera rättssystemet. Han måste då ägna sig åt något som Gény kallar »la libre recherche scientifique». Uppenbarligen tänker han sig denna verksamhet såsom ett slags rättsfinnande, såsom ett införskaffande av kunskaper om vad rättvisan föreskriver.[3]

Rättstillämpningen blir därför för Gény något teoretiskt. Först och främst skall juristen fastställa betydelsen hos lagar och avgöranden i rättspraxis. När detta inte räcker till får

[1] Jfr nedan s. 89 ff.

[2] Gény, Methode d'interprétation et sources en droit privé positif I s. 253 ff., särskilt s. 268.

[3] Ibid. II s. 89 och 92. Ett ytterligare stöd för denna åsikt söker Gény i Bergsons lära om intuitionen. Se Gény, Science et technique en droit privé positif I s. 80 ff.

han tillgripa sina genom »la libre recherche scientifique» vunna insikter om rättvisans innehåll. Det står utan vidare klart att det här inte kan vara tal om kunskaper i vetenskaplig bemärkelse. För att ett påstående om något sakförhållande skall kunna godtas i ett vetenskapligt sammanhang, måste det vara möjligt att ange under vilka betingelser påståendet kan anses vara sant. Att äga kunskap härom är inte detsamma som att veta om påståendet är sant eller falskt. Det betyder endast, att man vet, hur man skall bära sig åt för att ta reda på om det är sant eller falskt. Det är omöjligt att ange under vilka betingelser ett påstående om naturrättens eller rättvisans innehåll kan anses sant. Ett sådant påstående är därför utan vetenskapligt intresse.

Naturrättsliga åsikter har under vårt eget århundrade nått en förvånansvärd utbredning. Delvis beror detta på att de ingår i standardutrustningen för katolska rättsfilosofer. Hos sådana tänkare går det ofta tydligt i dagen hur litet deras verksamhet syftar till teoribildning i egentlig mening. Katolicismens moderna paradfilosof MARITAIN definierar en rättsregel såsom en regel utfärdad av världsliga myndigheter och avsedd att främja rättvisan och det allmänna bästa. En regel som inte har detta syfte, en orättvis lag, är inte någon lag, dekreterar han.[4] Enligt vanligt språkbruk föreligger här en svår självmotsägelse. Vill Maritain framhålla att en orättvis lag inte är en rättvis lag, är hans påstående obestridligen sant men hans upplysning blir då intresselös. Förmodligen vill han tillkännage som sin åsikt, att en lag, som strider mot vissa av hans egna värderingar inte *förtjänar att kallas en lag*, även om den är utfärdad av behöriga myndigheter. Här visar det sig tydligt hur det naturrättsliga tänkandet syftar till att utveckla en kvasiintellektuell tankeapparat, med vars hjälp man kan ge till synes rationella skäl för beslut som bestämts av ens egna etiska och politiska värderingar.

[4] Maritain, Le droit de l'homme et la Loi Naturelle s. 24.

Vid en bedömning av det naturrättsliga tänkandet måste man emellertid komma ihåg att det just på grund därav haft sitt största inflytande på rättsutvecklingen. Det har satt juristerna i stånd att förändra förefintliga regler och göra nya utan att behöva erkänna detta. När en domare skulle avgöra ett mål, i vilket han lämnades utan ledning av lag och rättspraxis, kunde han åberopa en naturrättslig princip, »sakens natur» e. d. för att nå fram till ett resultat, som stämde överens med hans etiska och politiska värderingar. Hans dom tedde sig då som en konsekvens av en redan förefintlig regel, ehuru han själv formulerat en ny regel för att komma till detta resultat. Med stöd av naturrättsliga argument har domaren vidare kunnat avvika från en tydlig lagregel, om den skulle ha tvingat honom att döma på ett sätt som alltför mycket stred mot hans etiska och politiska värderingar.

En om naturrätten påminnande lära är STAMMLERS uppfattning av den »riktiga rätten». Hans lära är inspirerad av den sociala utilism som präglar Iherings senare arbeten, av Kants filosofi och av den egentliga naturrätten. Han definierar rätten som »das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen».[6] Rätten utgör en enhet och som sådan innehåller den inga motsägelser. Om lag och praxis inte ger domaren ledning i fråga om ett visst avgörande, tänker sig Stammler att domaren alltid kan härleda en »riktig» regel för avgörandet ur principen om rättssystemets enhet.[7] Stammler synes föreställa sig denna procedur som något teoretiskt. Så kan det likväl inte förhålla sig då två i det konkreta fallet oförenliga regler är lika väl förenliga med rättssystemet i dess helhet. Här är teleologiska överväganden ofrånkomliga och ingendera regeln kan av teoretiska skäl anses riktigare än den andra. Ett val mellan dem måste bli

---

[6] Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft s. 12 ff. Jfr Friedmann s. 93 ff.

[7] Stammler s. 344 ff. se s. 412 ff.

beroende av vars och ens etiska och politiska värderingar och kunskaper om samhälleliga förhållanden.

En till sitt syfte liknande rättslära med återigen en annan ideologisk överbyggnad har utvecklats av KOHLER. För honom är all rätt något relativt. Dess innehåll är bestämt av den kultur i vilken den vuxit fram. Varje kultur har vissa bestämda rättsliga postulat. Lagstiftaren måste rätta sig efter dessa när han skriver lagarna. Detsamma gäller om domaren när han fungerar såsom rättsskapande. Domaren skall i sådana fall — enligt Kohlers lära — stöda sig på sin kunskap om dessa postulat när han gör nya rättsregler eller förändrar gamla. Han tänker sig därför att domarens handlande i sådana fall är bestämt av hans kunskap om dessa postulat.[8]

Det måste emellertid vara svårt att nå fram till någon egentlig kunskap om vad de olika kulturformernas rättsliga postulat innebär. En sådan måste vila på en ytterst noggrann kännedom om det rättsliga regelsystemet, om samhällets struktur och om det sociala och kulturella livet i övrigt. Härtill kommer att samhällena och kulturerna befinner sig i ständig förändring, som måste avspegla sig i förändring av rättens innehåll. Detta utvecklas och förändras nämligen jämsides med den allmänna kulturen. Om en domare skall ta ställning i en situation, där han lämnas utan ledning av lag och rättspraxis, är det därför ytterst osannolikt, att hans ovisshet skulle kunna undanröjas genom att han söker sätta sig in i sin kulturforms allmänna rättsliga postulat. En annan sak är att Kohlers lära sätter honom i stånd att framställa de etiska och politiska värderingar, som bestämt hans handlande, såsom konsekvenser av dessa rättsliga postulat.

[8] Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie s. 37 ff.

Ihering framhöll, att varje rättsregel och varje rättsinstitut har till uppgift att främja ett visst ändamål. Det är, anser han, ändamålet som är rättens skapare. »Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts.»[1] Medvetet eller omedvetet förverkligar människorna vissa ändamål.[2] En rättsregel kan därför — menar han — endast förstås av den som har kunskap om dess funktion. Med denna åsikt trädde han i direkt motsats till den begreppsjuridik, som han själv tidigare företrätt och som hävdade, att juristen genom ett rent räknande med begrepp, utan teleologiska överväganden, kunde vinna kunskap om rättens innehåll.

Vid utformandet av en lagregel måste lagstiftaren skaffa sig kunskap om en mängd sociala fakta. Han måste vidare — menar Ihering — göra klart för sig vilka intressen en ny lag skall tillgodose. Dem måste han väga mot varandra och därvid ge företräde åt vissa av dem. Det kan tänkas att en regel är den riktiga i ett land medan en motsatt regel är den riktiga i ett annat land. På samma sätt kan — menar han — en regel i ett och samma land vara riktig vid en tidpunkt och oriktig vid en annan. Vad är det då som utgör rättens ändamål? Och hur vet man om en regel är riktig eller inte? Rätten skall tillgodose samhällets existensvillkor och tillfredsställa individuella och sociala behov, svarar Ihering.[3] Detta är inte särskilt upplysande. Vi människor kan inte tillfredsställa alla behov. Vilka

[1] Motto för Iherings arbete Zweck im Recht.
[2] Ihering, Zweck im Recht I s. 339 ff.
[3] Ibid. s. 345 ff.

skall vi välja och vilka skall vi offra? Iherings allmänna fras ger oss ingen ledning härvidlag.

Ihering skiljer mellan tre slag av intressen: individens, statens och samhällets.[1] Han utvecklar emellertid inte någon värdeskala som kunde lära juristen hur han i olika situationer skulle välja mellan intressen av olika slag. Hans ofta återkommande uttalande att individuella intressen alltid skall vika för statliga eller samhälleliga får inte fattas absolut. Han kan inte gärna ha menat att betydelsefulla individuella intressen alltid skulle offras till förmån för tämligen betydelselösa samhälleliga eller statliga eftersom han är medveten om att allmänna och individuella intressen inte kan klart avgränsas från varandra. Samhället måste se till att individernas intressen blir tillgodosedda. Att hävda de allmänna intressena är återigen något som måste ligga varje individ om hjärtat. Intressen framstår i själva verket som individuella eller allmänna allt efter det perspektiv som bedömaren anlägger.[2]

Ihering använder ofta uttryck såsom *det riktiga avgörandet, den riktiga regeln* etc. Han skiljer mellan riktighet och sanning. Motsatsen mellan sann och falsk anser han vara absolut. Ett falskt omdöme är alltid falskt och ett sant är alltid sant. En regel kan däremot vara riktig i dag men oriktig i morgon. Den kan vara riktig på en plats men oriktig på en annan. Ihering synes dock inte tvivla på att vi kan veta när en regel är riktig och när den inte är det. Att en regel är riktig innebär nämligen att den stämmer överens med vad som *bör* vara.[3] Han räknar synbarligen med att vi i varje situation kan ta reda på vad som bör vara. Ett stöd för denna tolkning är uttalandet, att en lagstiftare kan missta sig om vad som är ett riktigt handlingssätt på samma sätt som en läkare kan göra det.[4] På detta sätt smusslar sig den gamla föreställningen om

[1] Ibid. s. 371 ff.
[2] Ibid. s. 400 ff. Jfr också Stone s. 312.
[3] Ihering, Zweck I s. 340 ff. [4] Ibid. s. 349.

rättens ideella moment även in i Iherings rättslära trots hans strävan att ge rätten en realistisk bestämning.[5]

Iherings uttalanden om rättstillämpningens problem är av intresse. Rättssäkerheten kräver — säger han — att domaren alltid skall vara det förkroppsligade uttrycket för lagen. »Om rättvisan kunde stiga ned från himlen och — — — uppteckna rättens regler på ett så bestämt, noggrant och detaljerat sätt att rättstillämpningen bleve rent schablonmässig, — — — då hade man förverkligat rättvisans rike på jorden.»[6] Något mera fulländat anser han att man ur rättssäkerhetens synpunkt inte kan tänka sig. Något skulle dock enligt hans åsikt saknas i ett dylikt rättssystem. Det skulle inte kunna på ett ändamålsenligt sätt anpassa sig efter förändrade faktiska omständigheter

Dylika överväganden har — menar Ihering — lett till den traditionella skillnaden mellan rättstillämpning och förvaltning, som innebär att domaren enbart har att tillämpa givna regler, medan den administrative ämbetsmannen jämväl måste handla på grund av egna värderingar. Ihering finner det rimligt att domaren på straffrättens område är på detta stränga sätt bunden av lagens ordalydelse. Däremot menar han att en motsvarande stränghet inom civilrätten skulle innebära en avgjord nackdel.[7] Rättssystemet skulle bli stelt och osmidigt. Rättssäkerheten är här enligt hans åsikt tillräckligt tillgodosedd genom domarens skyldighet att i domen ange grunderna för sitt ställningstagande. Detta »tvingar honom att rättfärdiga sin dom på ett objektivt sätt utan att därför tvinga honom att hålla sig inom gränserna för lagens omedelbara innehåll».[8] Då lagen lämnar honom möjlighet att handla på olika sätt måste han själv väga olika intressen mot varandra. Först där-

[5] Ibid. s. 345. Jfr s. 399.
[6] Ibid. s. 302.
[7] Ibid. s. 306 f.
[8] Ibid. s. 307.

efter kan han träffa sitt beslut. Ihering framställer även detta senare förfaringssätt såsom något teoretiskt. Domaren måste i sådana fall låta sitt handlande bestämmas av kunskapen om de ändamål och intressen som rättssystemet skall främja. Dessa anser Ihering vara föreskrivna av ett böra. I realiteten är emellertid domarens handlande i en sådan situation bestämt av hans etiska och politiska värderingar.

Ihering sätter en teleologisk metod emot den äldre begreppsjuridiska. Han visar juristerna nya vägar att lösa sina problem. Begreppsjuridiken var inte sällan ett medel att dölja medvetna eller omedvetna värderingar och ändamålsavvägningar. Ihering har framför andra förtjänsten av att ha gjort juristerna medvetna härom. Däremot förvanskar han innebörden av de teleologiska överväganden som förekommer inom juridiken. Att de har sin grund i etiska och politiska värderingar är något som han inte öppet erkänner.

Detta framhålles däremot direkt av den senare intressejuridiken, vars mest kände företrädare är Heck. Det är — säger han — lagstiftarens uppgift att avgränsa olika intressesfärer. Han skall väga skilda intressen mot varandra, ge företräde åt vissa och låta andra stå tillbaka. Lagstiftarens intresseavvägningar anser Heck vara bindande för domstolarna.[9] Den som tillämpar en lag måste studera dess tillkomsthistoria och ta reda på hur lagen graderar olika intressen.

Om lagens ord i något fall inte lämnar tydlig ledning, tänker sig Heck, att domaren kan undanröja sin ovisshet genom att fördjupa sina kunskaper om hur lagstiftaren i allmänhet, och i fråga om den aktuella lagen i synnerhet, graderat olika kolliderande intressen. Han uppfattar lagtolkning såsom en historisk intresseforskning.[1] Tolkaren skall enligt hans mening inte söka fastställa en lagregels betydelse enligt allmänt språkbruk. Inte heller skall han sträva efter att utleta någon faktisk vilja

[9] Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz s. 13 f.
[1] Ibid. s. 8. Jfr s. 59 ff.

hos lagens upphovsmän. Vid tolkningen av en viss lag måste han alltid vinnlägga sig om att klarlägga de intressen, som drivit fram lagen. Dessa utgör de för lagen »kausala intressena». Frasen »lagstiftarens vilja» betecknar inga psykologiska realiteter hos en lags upphovsmän. Heck menar att juristerna i själva verket — medvetet eller omedvetet — använder denna term just för att beteckna en lags kausala intressen.[2]

För att förstå vad ord och uttryck i en lag betyder måste man studera dem mot bakgrund av lagens kausala intressen. Om man håller sig till ordens betydelse enligt vanligt språkbruk, kan man lätt missledas att ge lagen en för vidsträckt eller en för begränsad betydelse. Så långt domaren är i stånd att genom denna procedur fastställa en lags betydelse måste han — anser Heck — ställa sig denna till efterrättelse. I sådana fall vill han inte tillåta domaren att korrigera eller ändra lagen. Först om sådana teoretiska undersökningar inte leder till något bestämt resultat får domaren övergå till självständiga intresseavvägningar. Då kan han inte längre tala om någon »lagens rätta mening», utan måste själv handla på grundval av sina etiska och politiska värderingar. Han måste, säger Heck, själv värdera de i målet aktuella intressena. Han rekommenderar domaren att i sådana situationer beakta hur lagstiftaren i allmänhet förfarit i liknande intressesituationer. Domaren är bunden också av den »fjärrverkan, som utgår från lagens värdeomdömen».[3]

Det är på denna punkt som intressejuridiken vill göra sin främsta insats. Den vill utveckla en metod för den praktiska juridiken. Denna metod skall inte »tjäna några teoretiska mål». Den skall vara ett verktyg för juristerna att »förverkliga samhällets rättsideal». Heck vill utforma sin lära till en »handlingens teori».[4] Man förespeglas en den praktiska juridikens filosofi men en sådan får man tyvärr avvara. Han gör intet

[2] Ibid. s. 8 f.
[3] Ibid. s. 195.
[4] Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz s. 9.

försök att redovisa några värdepremisser, med vars hjälp juristen skulle kunna gradera och väga olika intressen mot varandra. Genom att ofta tala om det »riktiga» avgörandet och genom vaga fraser om »det emotionella tänkandets egen logik» o. d. döljer han den omständigheten att domare i samma situation kan värdera och döma på olika sätt, trots att de kan redovisa lika goda juridiska skäl för sina oförenliga åsikter.[5]

Heck framhåller att lagtolkning ofta omfattar både teoretiska moment och värderande. Likväl döljer han en väsentlig del av de värderande momenten. Han underskattar de krav, som måste ställas på en »historisk intresseforskning», om den skall kunna anses vetenskapligt godtagbar. Om lagstiftaren i ett fall låtit ett intresse vika för ett annat, är det inte därför säkert att han överlag velat ge företräde åt detta senare. Står det ingenting i lagens förarbeten om den typ av intressekollisioner, som föreligger i ett mål, kan domaren inte sluta sig till »lagens rätta mening» av den omständigheten att lagen i ett annat fall givit företräde åt något av de aktuella intressena. Det är tänkbart att lagstiftaren enbart haft en viss typ av kollision mellan två intressen i tankarna, medan det senare visar sig att dessa jämväl kan kollidera på andra sätt, som lagstiftaren inte kommit att tänka på. Hur skall tolkaren i en oviss situation handla, om det visar sig att lagstiftaren i en typ av fall givit ett intresse företräde framför ett annat, medan det i en annan typ av fall får träda tillbaka för det senare? Inte heller då är det berättigat att tala om någon »lagens rätta mening», som juristen kan vinna kunskap om. Han tvingas tvärtom att själv fatta ett beslut på grundval av sina egna etiska och politiska värderingar. Hecks »kausala intresseforskning» erbjuder därför domaren samma möjlighet som äldre teorier att göra nya rättsregler och att förändra gamla utan att behöva öppet erkänna detta. I stället för om »sakens natur», lagstiftarens vilja, ett begrepps mening o. d., talar Heck om »kausala in-

[5] Ibid. s. 12 och Heck, Gesetzesauslegung s. 11 ff.

tressen», som inte är tillräckligt klarlagda, och om »intresseavvägningar», som utan tillräckliga skäl antas ha ägt rum. Givetvis är det ofta möjligt att med stöd av vetenskapligt godtagbara skäl påstå att en lags upphovsmän gjort vissa bestämda intresseavvägningar. På samma sätt kan det sägas att de använt lagens ord i en viss betydelse. Härmed är dock inte sagt att denna skall godtas såsom »lagens rätta mening». Det beror på hur vi använder ordet mening.[6]

Heck ger öppen plats åt det personliga, det subjektiva och värderande inom juridiken men ändå söker han efter bästa förmåga inskränka betydelsen av dessa moment. En del av dem smusslar han in i de teoretiska. I fråga om andra söker han ge ett intryck av att det funnes en möjlighet att avgöra huruvida värderingar och av dem betingade ställningstaganden vore objektivt riktiga eller inte. Han har givit den moderna juridiken många uppslag och ofta diskuterat de teleologiska metoder som präglar modern juridik långt utanför den riktning, som själv kallar sig intressejuridik. Den intressantaste framställningen av dessa metoder torde emellertid vara den som givits av de sociologiska juristerna, av de amerikanska realisterna och här i Sverige av Lundstedt och Olivecrona.

[6] Jfr nedan s. 122 f och 129 f.

Frirättsskolan, den sociologiska juridiken och den amerikanska realismen

Den starkaste reaktionen mot positivismen och begreppsjuridiken i det tyskspråkiga området kom från den frirättsliga skolan. Juristen måste äntligen — skrev KANTOROWICS i en anonym programskrift — upphöra att enbart beskriva det man redan vet. Juridiken har till uppgift både att finna och skapa rätt. Om rättsvetenskapen är en rättskälla, »måste den vara av samma natur som alla andra sådana och liksom rätten själv måste den vara vilja».[1] En annan författare framhåller att juridikens satser alltid uttrycker något som är »både tänkt och velat».[2] Frirättsanhängarna ville lägga i domarens makt att fritt skapa rätt. Rättvisan och rättskänslan skulle enligt deras mening vara avgörande för hans domar i långt högre grad än den skrivna lagen. Detta är vad som avses med »det fria rättsfinnandet», som spelar en så stor roll inom frirättsläran. Blott i sådana fall, då intet tvivel kan råda om lagens innebörd skall domaren — anser EHRLICH — vara bunden av denna.[3] Ett minimikrav för en frirättsanhängare är att domaren ges full frihet att direkt åberopa rättvisan och rättskänslan då han hyser tvivel om en lags mening. Man förkastar tanken att han i sådana fall skall söka tolka den för att utröna vad dess ord betyder enligt vanligt språkbruk eller vad dess

[1] Kantorowics (Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft s. 20.

[2] Binder, Philosophie des Rechts s. 691.

[3] Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft s. 19.

upphovsmän kan ha velat uttrycka.[4] Vissa författare kräver dessutom att domaren skall kunna gå direkt emot skriven lag, om han anser det påkallat av allmänna intressen eller med hänsyn till sin rättskänsla.[1]

De frirättsliga strömningarna framhäver visserligen domarens fria ställning men de sprider knappast någon ökad klarhet över förhållandet mellan kunskap och värdering inom rättstillämpningen. Rättvisan och rättskänslan åberopas ständigt. Själva grundproblemet döljes emellertid genom att man i juridiken ser en sammansmältning av kunskap och vilja. Frirättsanhängarna förbiser vissa enkla och fundamentala distinktioner. Det är därför ofta svårt att bilda sig en säker uppfattning om vad de velat uttrycka.

Det är en sak att tycka om Elliots *Cocktailparty* och en helt annan att veta att många andra människor uppskattar denna s. k. komedi. En person kan tycka om den och samtidigt känna till att hans inställning delas av andra. Han kan vidare tycka om den fast han vet att andra ogillar den. Slutligen kan han gilla eller ogilla den utan att ha närmare kunskap om andras inställning. Det är nödvändigt att hålla isär värderingar såsom psykologiska fakta och kunskapen om dem. En persons teoretiska åsikt att andra människor har en viss värdering måste vila på skäl av den typ, som är gängse inom vetenskaperna. Ingen kan påstå, att han vet hur *Cocktailparty* blev mottagen i Stockholm enbart därför att han själv tycker bra om den. Han måste redovisa skäl för sin åsikt: åberopa recensioner, debatter i litterära tidskrifter etc.[2]

När de frirättsliga juristerna talar om »rättskänslan», »rättvisan» etc. framgår det inte tydligt, om de menar att en domare skall följa sin personliga uppfattning av vad som är rättvist eller om han skall ta reda på vad folk i allmänhet anser vara

[4] Tuhr, Bürgerliches Recht I s. IX.
[1] Stampe, Freirechtsbewegung s. 17.
[2] Jfr Ahlander s. 81 ff.

rättvist och rätta sitt handlande efter denna kunskap. Frirättsanhängarna är främmande för denna frågeställning. De föreställer sig tydligen att »rättvisan» och »rättskänslan» är någonting, som alla människor upplever på ett ungefär likartat sätt. Vore det så, skulle den enskilde domarens upplevelse av sina egna värderingar samtidigt innebära en kunskap om det allmänna rättsmedvetandets innehåll. Ingenting tyder på att så är fallet. Rättviseförställningarna skiftar från land till land och från tid till tid. Det moderna samhället är så komplicerat att de därjämte varierar inom olika sociala grupper. Vars och ens rättviseföreställningar torde också i hög grad hänga samman med hans etiska, politiska och samhällsekonomiska värderingar.

Frirättsskolans anhängare är på rätt väg när de riktar uppmärksamheten på domarens frihet i förhållande till den skrivna lagen. Deras läror har emellertid inte bidragit till att skapa någon ökad klarhet om rättstillämpningens principiella problem. När lagen inte ger direkt vägledning skall domaren enligt deras mening inte spilla tid på att söka tolka den. I stället skall han avgöra det enskilda fallet så som han anser rättvist eller ändamålsenligt. I en sådan rättslära ägnas naturligtvis ingen större uppmärksamhet åt tolkningsproblemen.

Frirättsrörelsen övergick omärkligt i den sociologiska juridiken. Ehrlich är framför andra den som markerar denna övergång. Han anser att de äldre rättsteorierna överskattat statens betydelse för rätten och rättsutvecklingen. De lagstiftande organen söker påverka människors beteende genom att föreskriva hur domare och andra ämbetsmän skall handla i olika tänkta fall. Några verkliga rättsregler blir emellertid inte dessa normer, om de inte har en förankring i folkets rättsföreställningar eller — ifråga om nyskapade normer — om de inte lyckats smälta in i dem. Rätten är för Ehrlich något mycket mera än lagregler och sedvaneregler. Den är uttryck för en samhällslivets »inre ordning» som tar gestalt i människornas

liv och verksamhet och i deras rättsföreställningar.[3] Detta är vad Ehrlich avser när han talar om den »sociala rätten».

För att skaffa sig kunskap om det rättsliga regelsystemet måste juristen därför enligt Ehrlichs lära studera mycket annat än lag och rättspraxis. Rätten existerar främst utanför domstolarna, i folkets eget liv. Det mänskliga samhället vilar på att »rättsliga plikter i allmänhet uppfylles och inte på den omständigheten att man kan stämma den som inte fullgör sina förpliktelser».[4] Det är bara undantagsvis som rättsförhållanden leder till rättegång. Det sker bara när någonting gått galet. Kunskapen om rätten måste därför vila på studier av olika samhällsgruppers beteende. Inte ens uttryckligen formulerade lagregler kan juristen enligt Ehrlichs mening godta som rättsregler förrän han förvissat sig om att de faktiskt inverkat på de sociala relationerna i samhället. När en lag utfärdas, korresponderar den i bästa fall med samhällets »inre ordning». Samhället befinner sig emellertid i en ständig förändring. Att följa lagen bokstavligen eller på ett begreppsjuridiskt sätt skulle därför — menar han — leda till ett »de dödas herravälde över de levande».[5] Juristerna måste alltid studera samhällsförändringarna och i praxis förändra lag- och sedvaneregler så att de vid varje tidpunkt motsvarar den då rådande »inre ordningen».

I denna »inre ordning», denna sociala rätt, ser Ehrlich den egentliga rätten. Det är den som alla jurister måste bidra till att klarlägga. Det är den som domaren måste tillämpa i sina domar. Så långt är den juridiska verksamheten i princip teoretisk. Juristen måste skaffa sig vissa kunskaper om den sociala rätten sådan den reflekteras i folkets beteende och i gängse rättföreställningar. Det är hans uppgift att på grundval härav beskriva förefintliga rättsregler. Ehrlich räknar dock med att

[3] Ehrlich, Grundlegung der Soziologe des Rechts s. 37 ff.
[4] Ibid. s. 36.
[5] Ibid. s. 401.

dess innehåll inte alltid kan fastställas. Vore det så skulle juristen aldrig behöva besluta sig eller döma på grundval av en självständig värdering. Han skulle aldrig själv behöva väga olika intressen mot varandra och ge vissa av dem företräde framför andra. Hans enda uppgift skulle vara att ta reda på hur de olika intressena faktiskt graderats och vägts mot varandra i den sociala rätten. All rättstillämpning vore väsentligen en kunskapsfråga. I de fall då juristen inte på teoretisk väg kan nå ett entydigt resultat måste han emellertid enligt Ehrlichs åsikt värdera självständigt. I sådana fall rekommenderas han att följa »rättvisans principer».[6] Detta ger inte någon bestämd ledning. Framför allt därför att Ehrlich inte närmare preciserar vad dessa principer egentligen innebär. Detta tämligen vanliga sätt att använda ordet »rättvisa» går givetvis tillbaka på det naturrättsliga tänkandet.

Det är tydligt att domaren i sådana fall gör en självständig värdering. Det värderande och viljemässiga spelar emellertid en långt större roll i juristens verksamhet än Ehrlich själv medger. Att tala om en samhällets »inre ordning», om en social rätt och om vissa folkliga rättsföreställningar, är oberättigat så länge man inte vetenskapligt undersökt allmänhetens rättsföreställningar. Detta har Ehrlich inte gjort. Det förefaller som om han liksom andra jurister, vilka använder frasen »det allmänna rättsmedvetandet» eller motsvarande fraser, inte känt något behov att söka sig fram till godtagbara skäl för sina teoretiska åsikter om rättsmedvetandets innehåll. Deras åsikter härom är då alldeles godtyckliga och deras ställningstaganden grundas i realiteten på värderingar av olika slag. En regel kan inte sägas uttrycka en »inre ordning» eller vara uttryck för en allmänt delad rättskänsla enbart av det skälet att den talande själv gillar denna regel. Att överhuvud tala om något slags samhällets »inre ordning» eller om ett allmänt rättsmedvetande utan att basera dessa uttalanden på veten-

[6] Ibid. s. 52.

skapliga undersökningar är förkastligt.[7] Ehrlichs sociologiska juridik är spekulativ. Om några effektiva fältundersökningar av modern typ är det aldrig fråga, trots att han syftar till något mera realistiskt än att bara studera lagar och rättspraxis. Hans rättslära innebär rika uppslag. Den anger också nya forskningsmetoder. I Ehrlichs egen utformning är den emellertid väsentligen ett sätt att kläda etiska och politiska värderingar i kvasivetenskaplig dräkt. Hans teorier är ett nytt sätt att tillfredsställa den gamla strävan att bereda plats för en ideell egenskap hos rätten under sken av något faktiskt. Det är en ny variant av den gamla naturrättsliga dualismen i uppfattningen av rätten. Det ideella momentet måste med, därför att det kan skänka stöd åt domar och beslut som i realiteten är bestämda av juristens egna etiska och politiska värderingar.

Också POUND betecknar sin lära som sociologisk juridik.[8] Framför allt anknyter han starkt till Iherings teleologiska rättslära. Pound är förtrogen med de moderna socialvetenskaperna och deras resultat. Han har i talrika arbeten räknat upp de olika intressen, som samhället enligt hans mening måste ge rättsligt skydd. Den väsentliga juridiska uppgiften anser han vara att ange medlen att tillgodose dessa intressen och att väga dem mot varandra. Pound talar därför ofta om juridiken som ett slags social teknologi. Denna tänkes vila på de resultat som den samhällsvetenskapliga grundforskningen tillhandahåller. Han har också betecknat juristens uppgift i samhället såsom »social engineering».[9] Detta innebär att det vore juristens uppgift att bestämma medlen att förverkliga de mål som människorna strävar efter. Vid denna åsikt måste vi ett ögonblick uppehålla oss.

---

[7] Jfr Ahlander s. 67 ff.

[8] Pound i Harvard Law Review Vol. 25, 1912, s. 513 och 516. Se också hans Outlines of Lectures on Jurisprudence s. 32 ff.

[9] Se t. ex. Pound, Interpretations of Legal History s. 269 ff.

Den som säger till en annan: »du bör göra A för att förverkliga B» kan sällan lämna något vetenskapligt tillfredsställande argument för sitt påstående. Detta kan nämligen endast ske under två förutsättningar:

1) att det avsedda ändamålet (B) är entydigt bestämt och på ett rimligt sätt preciserat och

2) att det kan förverkligas blott genom ett enda medel, nämligen A.

Satsen i fråga blir då — teoretiskt sett — likvärdig med satsen »om A föreligger, så föreligger också B». Om denna senare sats kan godtas som sann är satsen »du bör göra A för att förverkliga B» en korrekt oegentlig böra-sats. En sådan sats kan alltid översättas till en eller flera teoretiska satser, vilka man godtar som sanna. Oegentliga böra-satser ges imperativ form därför att de är uppställda i ett visst praktiskt syfte. I motsats till andra imperativa satser har de emellertid inte sin grund i värderingar hos den som yttrar satsen. Om någon tvivlar på en sådan böra-sats kan dess upphovsman översätta den till en eller flera teoretiska satser och redovisa skälen för dessa.

Om två personer omfattar oförenliga oegentliga böra-satser har åtminstone en av dem misstagit sig i en kunskapsfråga. De har olika teoretiska åsikter och bådas åsikter kan inte vara riktiga. Deras oenighet beror på att den ene godtar vissa satser som sanna, medan den andre förkastar dem och i stället tror att andra satser är sanna. De kan därför alltid i princip bringa sin oenighet ur världen genom fördjupade forskningar, som bringar nya fakta i dagen.

Två personer kan inta olika ståndpunkt till en föreslagen politisk åtgärd emedan de har olika åsikter om dess verkningar. Utgår de från likartade etiska och politiska värderingar kan deras oenighet övervinnas genom att de skaffar sig bättre kunskaper. I andra fall kan två personer ha samma åsikt om verkningarna av en föreslagen åtgärd och ändå kan de värdera den på olika sätt. Att den ene gillar åtgärden medan

den andre ogillar den, sammanhänger då med vars och ens etiska och politiska värderingar. I ett sådant fall kan inga teoretiska undersökningar undanröja deras oenighet.

Inom vetenskaperna har utvecklats en särskild argumentationsteknik med vars hjälp man kan utbyta tankar på ett fruktbart sätt. Med dess hjälp kan vi undanröja oenighet i fråga om teoretisk åsikt. Den kan nämligen visa oss, hur vi skall bära oss åt för att ta reda på vilkendera av två oförenliga åsikter som kan anses sann eller osannolik. Den lär oss också hur vi skall argumentera för en åsikt som vi ansluter oss till.

Däremot finns intet teoretiskt korrekt sätt att hävda en värdeståndpunkt. En föreskrift härom innebär ingenting annat än ett försök att hävda sin egen värdeståndpunkt. Ingen kan bestämma hur man skall hävda sin värdering att bilskatten bör fördubblas eller inte fördubblas, eller argumentera för att övertyga andra om värdet av en författares noveller eller för att få dem att dela ens inställning till *Cocktailparty*. Här är syftet enbart att få andra att tycka, känna och handla på ett visst sätt. Den som i sådana fall vill nå sitt mål måste välja de ur psykologisk synpunkt lämpliga medlen. Ibland kan en person ha framgång om han kan få andra att godta vissa påståenden såsom sanna. Då rör det sig om vetenskaplig argumentation. I andra fall kan det bli fråga om retorik, propaganda eller suggestion. Han måste vädja, hota, lova, förespegla, vara charmfull eller obehaglig etc. allt beroende på vad som kan anses lämpligt. Utanför vetenskapernas och vardagskunskapens område finns intet bestämt sätt att undanröja oenighet.[1]

Teleologiska diskussioner, tankeutbyte om mål och medel i politiska, juridiska och samhälleliga frågor överhuvud har praktiskt taget alltid sin djupaste grund i en oenighet ifråga om värderingar, som ofta avspeglas i teoretiska motsättningar.

[1] Jfr ang. dessa frågor Stevenson, Ethics and Language s. 2 ff., samt Ahlander s. 81 ff.

Vi vill alla gärna tro på sådana åsikter, som vi av ett eller annat skäl anser förmånliga för oss själva. Vi överskattar i sådana fall lätt betydelsen av de skäl, som talar för vår åsikt, och förbiser eller underskattar dem, som talar emot den. Därmed hemfaller vi åt önsketänkande. Inom de flesta vetenskaper gör sig numera gällande ett krav på ökad metodisk stränghet. Forskningen har också givit oss en större mängd fakta än äldre generationer hade tillgång till. Tack vare detta kan vi relativt effektivt bekämpa önsketänkande hos oss själva och andra.

Även om önsketänkandet kan undanröjas förvandlas inte diskussionerna om mål och medel till enbart tankeutbyte i vetenskaplig bemärkelse, ty vi kan aldrig ge en precis och entydig bestämning av ändamål som vi anser eftersträvansvärda. Entydighet kan vi i bästa fall nå fram till men aldrig precision. Empiriska termer är alltid mer eller mindre vaga. Härtill kommer att en människa aldrig någonsin strävar efter att förverkliga blott ett enda mål. Samtidigt med ett visst ändamål vill hon förverkliga jämväl ett otal andra, som hon inte för ögonblicket har i tankarna och som vanligen är mer eller mindre oförenliga. I än högre grad är detta fallet när det gäller att ange vad individerna i ett samhälle strävar efter och de medel, genom vilka de tror sig kunna tillfredsställa sin strävan.

Tekniska problem är som regel formulerade på ett sätt som tillfredsställer höga krav på entydighet och precision. Enligt vanligt språkbruk torde endast problem som kan formuleras på detta sätt anses som »tekniska». Teknikernas meningsutbyte vilar på ett omfattande erfarenhetsmaterial, som tillhandahålles av de avancerade naturvetenskaperna och den teknologiska forskningen. De tekniska vetenskaperna kan inte avgöra, om ett land skall bygga tunga övervattensfartyg eller i stället förstärka sitt flygvapen och skaffa motortorpedbåtar, men sedan man väl bestämt sig att bygga stora kryssare, blir det en teknisk fråga att göra dem effektiva. Från olika håll ställs krav i fråga om bepansring, bestyckning, hastighet o. s. v., vilka

inte alla kan tillgodoses. En sammanjämkning av olika intressen måste ske. Oenighet mellan tekniker kan därför vara en oenighet i fråga om teoretisk åsikt, som kan undanröjas genom fördjupad forskning, men det kan också röra sig om en oenighet i fråga om värderingar, som inte kan undanröjas på detta sätt. Då kommer vars och ens beslut att bestämmas av hans värderingar. Även i sådana situationer kan tekniker emellertid beräkna de olika möjligheternas för- och nackdelar med en säkerhet som är okänd i fråga om föreslagna politiska, ekonomiska och sociala åtgärder.

Vetenskaperna om samhället och människan har däremot ännu inte nått så långt att det vore berättigat att tala om en »social teknologi». De politiska striderna kan inte bringas ur världen genom allmänna fraser av denna typ. De är konflikter, sammanstötningar mellan grupper av människor med oförenliga värderingar och de kan blott lösas genom organiserad maktkamp. På områden, där det råder relativ enighet i fråga om värderingar hos dominerande folkgrupper, kan det kanske utbildas ett slags social teknologi, när socialvetenskaperna kan erbjuda ett tillräckligt underlag för en sådan. Varje teknologi måste nämligen vila på omfattande och säkra kunskaper vunna genom en metodisk och systematisk vetenskaplig forskning. Att redan nu, såsom Pound gör, tala om en social teknologi är vilseledande.[2] Att uppfatta juristens verksamhet såsom »social engineering» är ett sätt att slippa ifrån erkännandet att juridiska ställningstaganden så ofta vilar på juristens egna etiska och politiska värderingar.

I sitt tidigare författarskap anknöt Pound till Austins distinktion mellan egentlig och oegentlig tolkning. Den senare ansåg han vara något helt förkastligt. Den kunde bringa lagen i vanrykte, den införde ett personligt och godtyckligt moment

[2] Jfr Ahlander i Svensk Juristtidning 1950 s. 105. Optimismen i fråga om social teknologi har drivits vida längre av andra författare, exempelvis Mannheim, Man and Society in an Age of Reconstruction s. 360.

i rättstillämpningen och den kunde därigenom komma att utsätta domstolarna för politiska påtryckningar.[3] »Den oegentliga tolkningen är en anakronism i lagstiftningens tidevarv.» All förändring av rätten bör — anser han — ske genom lagstiftning. Senare erkänner han emellertid att det personliga och godtyckliga momentet alltid funnits inom rättstillämpningen. Han anser det vara oundvikligt att domstolarna i och genom sin dömande verksamhet förändrar och omskapar rättssystemet. Han betecknar numera både lagstiftning och rättstillämpning såsom moment i den sociala teknologien. Både lagstiftning och rättstillämpning anser han vara »skapande». Enda skillnaden mellan en domare och en lagstiftare är — menar han — att den senare har större handlingsfrihet.[4]

Någon tillfredsställande teori om rättstillämpningen och lagtolkningen finner man inte hos Pound. Den olyckliga frasen »social engineering» har hindrat honom från att fördjupa analysen av dessa företeelser. Han skiljer exempelvis inte mellan värderingar och den kunskap vi kan äga om värderingar. Tolkaren får enligt hans mening utgå från att lagstiftaren har samma uppfattning som han själv i fråga om moral och rättvisa. Är en lag möjlig att tolka på olika sätt, kan han därför utgå från att den tolkning han finner mest förnuftig och rättvis »antagligen återger deras åsikt som skrev lagen».[5] En sådan utgångspunkt är emellertid fullständigt godtycklig. Den som tolkar en lag kan naturligtvis inte åberopa sina egna etiska och politiska värderingar som skäl för sitt antagande att den som skrev lagen hyst vissa värderingar. Att tro något sådant vore ett utslag av vetenskapligt lättsinne. Pounds här angivna åsikt innebär i själva verket att tolkaren inte behöver fästa något avseende alls vid vad lagens upphovsmän faktiskt avsett att uttrycka. Han kan helt enkelt förutsätta att lagstiftaren

[3] Pound i Columbia Law Review Vol. 7, 1907, s. 383 ff.
[4] Pound i Harvard Law Review Vol. 36, 1923, s. 955 ff.
[5] Pound i Columbia Law Review Vol. 7, 1907, s. 381.

i det givna fallet skulle ha intagit samma ståndpunkt som han själv. Därefter kan han utge sitt beslut som en konsekvens av sin kunskap om lagstiftarens mening. Det är en ofta använd metod att ge juridisk motivering för ställningstaganden, som i realiteten vilar på den tolkandes egna etiska och politiska värderingar.

En mera intressant diskussion av tillämpnings- och tolkningsfrågor finner man däremot hos författare, som står den sociologiska juridiken nära utan att ha försvurit sig till någon bestämd skola. Morris R. Cohen angriper dessa problem från en filosofisk utgångspunkt. Han ser i tolkningen ett av juristernas främsta medel att förändra rättssystemet och anpassa det efter nya faktiska förhållanden.[6] Cardozo åter har i flera böcker redovisat en domares syn på juridiken.[7] Hans reflexioner rör främst ett samhälle med common law. De är emellertid också av intresse för jurister i andra länder.

I högre grad än Pound lägger den nya amerikanska realismen tyngdpunkten på domstolarnas verksamhet. Pound hyser en inte närmare motiverad tro att domstolarnas handlingssätt i konkreta fall står i överensstämmelse med allmänt omhuldade generella rättsregler och principer. Detta bestrider realisterna. De vill koncentrera sig på att studera vad domstolarna faktiskt gör och inte på vad de säger att de gör. De understryker att en domare i ett common-law-samhälle vanligen kan avgöra ett och samma mål på olika sätt och ändå åstadkomma en lika rimlig juridisk argumentation för vart och ett av dem. Det har under tidernas lopp ackumulerats så många prejudikat, att domaren nästan alltid kan finna skäl för den ståndpunkt som han vill inta, menar Llewellyn, den förmodligen främste av de amerikanska realisterna. Hans handlingssätt bestämmes därför av andra omständigheter än kunskapen

[6] Cohen, Morris R., Law and the Social Order s. 128 ff.

[7] Cardozo, The Nature of the Judicial Process och The Paradoxes of Legal Science.

om dessa prejudikat.[8] Detsamma gäller — säger Llewellyn — när en domare skall tolka lagregler ehuru hans frihet då är mera begränsad än på common-law-området.[9]

Realisterna menar att domarens avgöranden är bestämda av värderingar och känslomässiga faktorer. HUTCHESON anser att domaren når fram till sitt ställningstagande genom en irrationell intuition och att det sedan blir hans uppgift att söka åstadkomma en rationell motivering för detta.[1] Denna rationella motivering kan bestå av påståenden om vad lagregler och prejudikat innebär men också av teleologiska överväganden. En europeisk meningsfrände till realisterna, ISAY, framhåller att domarens handlingssätt alltid är bestämt av hans känsla och att den juridiska argumentationen kommer efteråt såsom en ideologisk rationalisering.[2]

En radikal jurist har av dessa skäl kallat juridiken för ett »bedrägeri av första ordningen».[3] Till så våldsamma överdrifter går inte de ledande realisterna men de är överlag tveksamma mot domskälen och vill utveckla juridiken till ett slags domarsociologi. Deras mål är ett rent beteendestudium, avsett att klarlägga hur domare handlat i olika faktiska situationer. Härigenom tror de sig kunna säkrare förutsäga hur domare i allmänhet kommer att bete sig i olika tänkbara framtida situationer.

Detta gäller om juristen, som söker skaffa sig kunskap om domares beteende. Den som själv skall döma kan givetvis inte begränsa sig till sådan verksamhet. Han måste ju själv fatta beslut och måste göra självständiga värderingar. Realismen var från början en metod för rättsvetenskapen och inte för de praktiskt verksamma juristerna. Man förklarade öppet att man

---

[8] Llewellyn, The Bramble Bush s. 60 ff.
[9] Ibid. s. 79 f.
[1] Hutcheson i Cornell Law Quarterly Vol. 14, 1929, s. 277 ff.
[2] Isay, Rechtsnorm und Entscheidung s. 68. Jfr s. 78.
[3] Rodell, Woe unto You Lawyers! s. 13.

inte hade något program för hur lagstiftare och domare skulle bära sig åt. Man befattade sig inte med värderingsproblemen inom den juridiska verksamheten. Felix S. Cohen var en av de första realisterna som direkt tog upp dessa problem.[4] Hans exempel följdes snart av Llewellyn och flera andra.[5] Man kräver nu en öppen redovisning av de värdepremisser, som juristerna bör beakta i sin verksamhet. Frasen den »allmänna nyttan» har fått träda tillbaka för den inte mera upplysande termen »public policy». På radikalt håll säges de juridiska utbildningsanstalternas främsta uppgift vara att träna de blivande juristerna i »policy-making».[6] Detta förutsätter en precisering och gradering av de värden man anser att ett demokratiskt samhälle skall främja och ett klarläggande av de medel som är mest tjänliga för att förverkliga dessa värden. Från denna utgångspunkt har särskilt Lasswell och McDougal sökt utarbeta ett sätt att argumentera för en värdeståndpunkt. De döljer inte de värderande momenten inom juridiken, men de strävar att övervinna det subjektiva och godtyckliga i dessa genom att föreslå juristerna att inskränka sig till en viss typ av argumentation, som enligt deras mening är ändamålsenlig. Emellertid finns det — såsom redan sagts — inte något korrekt sätt att argumentera för en värdering och ett förslag till ett sådant är i sin tur blott ett uttryck för en värdering. Det är svårt att avgöra om Lasswells och McDougals program kan innebära ett ur praktisk synpunkt givande uppslag för framtiden. Det är tämligen vagt och på flera punkter svårt att förstå. Till en del vanpryds det också av föreställningarna om juridiken som en social teknologi. Politiska problem behandlas ibland som om de skulle kunna lösas enbart genom att vi skaffade oss erforderliga kunskaper.[7]

---

[4] Cohen, Felix S., Ethical Systems and Legal Ideals.
[5] Llewellyn i Essays on Research in the Social Sciences s. 98 ff.
[6] Ahlander i Svensk Juristtidning 1949 s. 580.
[7] Lasswell och McDougal i Yale Law Journal Vol. 52, 1943, s. 206 ff.

Uppsalafilosofien

I Sverige har Hägerströms rättsfilosofiska insatser banat väg för en realistisk diskussion av rättstillämpningens problem. Hans åsikter, som på det juridiska området vidareutvecklats av Lundstedt och Olivecrona har varit av största betydelse för juridiken och rättsfilosofien.

Lundstedt anser att domstolarna ofta tvingas göra nya rättsregler och förändra gamla. Domaren måste då »göra en värdering av allehanda frågor företagen under trycket av olika psykologiska faktorer». Han måste »självständigt uppställa maximer där lagorden icke räcka till».[1] Lundstedt anser det därför vara av vikt att domaren frigör sig från föreställningen att det i varje enskilt fall finns en redan färdig rättsregel, som han måste skaffa sig kunskap om och därefter tillämpa. »Det säger sig självt att domarens värdering skall kunna utfalla helt olika, allteftersom han vet om vad han gör och att han företager en värdering, eller han tror sig vara bunden på ett sätt som han faktiskt icke kan vara.»[2]

Med sin lära om samhällsnyttan vill Lundstedt inte lancera någon ny etisk princip. Han konstaterar helt enkelt att människors handlande bestämmes dels av de mål som de strävar efter och dels av deras föreställningar om de lämpligaste medlen att förverkliga dessa mål. Han kommer inte med något förslag om vad människor *bör* sträva efter. Ja, han vill inte ens ta ställning till frågan om människor överhuvud bör uppställa några mål för sitt handlande. Han konstaterar endast att de gör så.[3]

[1] Lundstedt, Obligationsbegreppet II s. 259.
[2] Ibid. s. 259.
[3] Ibid. s. 271 f.

När en jurist skall söka ange hur vissa önskemål bäst skall tillgodoses genom lagstiftning eller när han avgör vilken tolkning av en lagregel som bäst överensstämmer med samhällsnyttan, då förfar han inte — framhåller Lundstedt — såsom en vetenskapsman i vanlig mening. »Här är det icke blott fråga om konstateranden utan även om värderingar.»[1] Sådan verksamhet har Lundstedt i ett av sina senare arbeten kallat »konstruktiv rättsvetenskap». Genom den kan juristerna underlätta framtida lagstiftning och ge de rättstillämpande myndigheterna vägledning. Vad Lundstedt i detta sammanhang säger, gäller denna konstruktiva rättsvetenskap. Hans principiella åsikter torde emellertid också vara tillämpliga på rättstillämpningen.

Han döljer inte det värderande momentet inom den konstruktiva rättsvetenskapen bakom vaga fraser om den allmänna nyttan e. d. Han framhåller uttryckligen att denna verksamhet är en förening av värderande och teoretiska moment. Detsamma gäller enligt hans mening om lagtolkningen. Den konstruktiva rättsvetenskapen är en »verksamhet som i och för sig ligger utanför vetenskapen i begreppslig mening men icke desto mindre genomgående är beroende av en inställning, vilken kräver rent vetenskaplig verksamhet».[2]

Olivecrona definierar rättsreglerna såsom »uttryck för idéer om handlingssätt (av t. ex. domare) i tänkta situationer».[3] Dessa regler karakteriserar han såsom »fristående imperativer».[4] I likhet med Lundstedt anser han det ofrånkomligt att värderingar spelar in i rättstillämpningen. Han skriver: »Man kan icke motivera en sats att domaren bör göra så eller så med något annat än att detta är önskvärt med hänsyn till ett visst ändamål som anses värdefullt. Så förhåller det sig redan då

[1] Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten II: 1, s. 553.
[2] Ibid. s. 557.
[3] Olivecrona, Om lagen och staten s. 27.
[4] Ibid. s. 35 ff.

man säger, att domaren bör handla på ett visst sätt därför att detta är angivet i lagen. Skälet för ett sådant påstående ligger i önskvärdheten av att lagen noggrant tillämpas av domarna utan hänsyn till om dessa gilla eller ogilla dess innehåll eller dess konsekvenser med avseende på det föreliggande konkreta fallet. Detta allmänna skäl för lagtillämpningen behöver naturligtvis inte upprepas av den som kommenterar en lag. Det ligger blott som en tyst förutsättning under hela arbetet. Men när det gäller att uppställa regler som komplettera lagens bestämmelser, där dessa äro ofullständiga, måste de nya reglerna själva motiveras med hänvisning till något som är värdefullt. Man kan inte rimligtvis bara dekretera att domaren bör göra så eller så. Det måste anges skäl därför, och skälen måste innefatta, att detta är önskvärt för att man skall nå det eller det resultatet.»[5]

Vi måste här ett ögonblick anknyta till den förut behandlade skillnaden mellan en oenighet i fråga om teoretisk åsikt och en oenighet i fråga om värdering.[6] Med stöd av den vetenskapliga argumentationstekniken kan vi åtminstone i princip skilja en korrekt teoretisk åsikt från en oriktig. Någon motsvarande teknik att skilja en »riktig» värdeståndpunkt från en »oriktig» finns inte. En sådan motsättning ligger utanför det teoretiska området. Den som hävdar en värdeståndpunkt gör det ofta genom att förfäkta vissa teoretiska åsikter. De kan givetvis kritiseras och angripas på det sätt som är gängse inom vetenskaperna. Personen i fråga kan dock mycket väl möta en sådan kritik med nya argument, med att slå bort saken eller med att bli arg och utbrista i ett »jag vill i alla fall». När två personer diskuterar och är oeniga både i fråga om teoretisk åsikt och i fråga om värdering, är målet för var och en av dem att få den andre att tro sig ha hyst oriktiga åsikter och att samtidigt »mjuka upp» hans värdeståndpunkt. Detta

[5] Ibid. s. 57.
[6] Jfr ovan s. 95 ff.

sista är inte minst viktigt. Härigenom kan han försvaga den impuls som annars kunde ha kommit den andre att fundera ut nya argument till stöd för den ursprungliga värdeståndpunkten.

Teoretiska åsikter och värderingar har ett påtagligt samband med varandra. De påverkar varandra ömsesidigt. Värderingar kan i många fall leda en person till önsketänkande och godtagande av oriktiga, kanske orimliga åsikter. I andra fall kan en persons värdeinställning till vissa företeelser bestämmas av hans teoretiska åsikter om dessa.

I diskussioner om mål och medel gäller det därför både att få motståndaren att godta vissa teoretiska åsikter och att acceptera vissa värderingar. Härigenom kan vi få honom att handla på det sätt vi önskar. Vi kan exempelvis få en person att utan yttre tvång göra vissa saker om vi inger honom den åsikten att han därmed uppfyller lagens föreskrifter. I vissa fall kan vi få honom att handla enligt vår önskan genom att övertyga honom om att hans handlingssätt medför verkningar som han gillar. I dessa fall strävar vi efter att utlösa ett visst handlingssätt hos andra genom att inge dem vissa teoretiska åsikter. I andra fall kanske vi kan nå vårt mål genom att inge en person den tron att han måste göra på ett visst sätt för att uppfylla Guds vilja. Vi söker då påverka honom med ett uttalande om något, som vi inte kan ha vetenskaplig kunskap om. Våra ord kan emellertid visa sig effektiva om personen i fråga är troende. I andra fall kan vi kanske suggerera fram det önskade beteendet genom att upprepa värdeladdade ord såsom »skyldighet», »plikt», »god», »demokrati» etc.

Lundstedt och Olivecrona föreslår att juristen skall begränsa sig till ett visst slag av teleologisk argumentation. De kräver att var och en redovisar de värderingar och åsikter, som ligger bakom hans beslut. Däremot skall juristen avstå från demagogiska och retoriska argument och från att åberopa »rättvisan». De sätter saklighet emot retorik och argument av propaganda-

typ. Utan tvivel vill många ansluta sig till ett sådant krav. Bland dem författaren till denna bok. Detta har emellertid sin grund i en bestämd etisk-politisk värdering. De förordade sättet att argumentera kan inte sägas vara »riktigt» i motsats till andra »oriktiga» argumentationstyper. Den som förkastar kravet och använder demagogiska argument eller åberopar »rättvisan», »naturliga principer» e. d. gör sig inte skyldig till något misstag. Att göra så är inte likvärdigt med att påstå att två gånger två är fem eller att säga att månen är större än jorden. Oenighet om värdet av olika sätt att argumentera för en värdeståndpunkt är också en oenighet i fråga om värdering.[7]

[7] Jfr Ahlander i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1948 s. 530 f.

Om rättstillämpningens och den juridiska tolkningens principiella problem

ALLMÄNNA SEMANTISKA SYNPUNKTER

Den nya semantiken — språkets betydelselära — är en vetenskap som kan kasta nytt ljus över de mest skilda problem och verka stimulerande på olika forskningsområden. För juridiken och rättsfilosofien torde den semantiska rörelsen bli av stor betydelse. Det är därför naturligt att inleda analysen av rättstillämpningens och den juridiska tolkningens principiella problem med vissa allmänna semantiska synpunkter. Framställningen måste dock begränsas till sådant, som är av betydelse för denna analys. Någon allmän framställning av semantiken är inte avsedd.[1]

Satser och andra språkliga uttryck består av ord, d. v. s. symboler, sammanställda enligt vissa syntaktiska regler. Sådana symboler är tecken- eller ljudkombinationer som i och för sig är meningslösa men som får mening genom att beteckna någonting. En serie av ljud eller tecken får mening och blir symbol därigenom att den hos en levande varelse förbinds med föreställningen om något, ett objekt eller en företeelse av något slag, ett händelseförlopp, en egenskap, en relation e. d.[2] Intet hindrar en enskild individ att låta ordsymbolerna beteckna vad som helst. För att inte bli isolerad måste han dock i huvudsak godta de språkvanor som finns i hans miljö. Användningen

[1] För en sådan hänvisas till den litteratur som citeras i det följande, särskilt till Hayakawa, Language in Thought and Action. Detta arbete utkommer i början av år 1952 på svenska med titeln »Vårt språk och vår värld».

[2] Ogden & Richards, The Meaning of Meaning s. 9 ff.

av ett visst språk är en social vana. En grupp av människor använder ett särskilt förråd av ord och rättar sig efter bestämda syntaktiska regler. För den enskilda individen inom gruppen är språket något som är givet oberoende av hans vilja. Han måste lära sig det utan att — bortsett från skapandet av en eller annan fackterm e. d. — kunna förändra dess regler eller dess ordförråd.[3]

Ordens mening är inte uttömd genom angivandet av deras symboliska funktion, deras förmåga att *beteckna* något. Ord används också för att uttrycka, förmedla och väcka känslor och för att utlösa handlingar.

Tag exempelvis orden

herre	man	karl
dam	kvinna	fruntimmer

Vart och ett av de tre orden i samma rad kan användas för att beteckna en och samma person, men de uttrycker en avsevärd skillnad i den talandes värdeinställning till honom eller henne. Ända till helt nyligen betecknades könsorgan och sexuella handlingar vanligen med latinska termer i juridiska och vetenskapliga framställningar, eftersom de motsvarande svenska orden ansågs socialt förbjudna på grund av sin s. k. »oanständighet». Det händer då och då, att en person som flyttar från ett land till ett annat, tvingas byta namn därför att hans ursprungliga namn — beteckningen för honom själv — i det nya landet väcker »oanständiga» associationer.

Den omständigheten att orden används både symboliskt och icke-symboliskt vållar svårigheter för alla som sysslar med språket, för lagstiftaren och domaren likaväl som för författaren och litteraturhistorikern. Den som vill använda språket på ett enbart symboliskt sätt, rekommenderas ofta att undvika s. k. »värdeladdade» ord. Det är dock lättare sagt än gjort. Nästan alla ord kan användas för att förmedla och väcka känslor och

[3] Segerstedt, Ordens makt s. 91 ff.

uttrycka värdeinställningar. Ord som »hus» och »väg» kan te sig helt neutrala och värderingsfria men de är det i själva verket inte alls. För sommargästen som vid åsynen av det förhyrda sommarnöjet utbrister: »det här är inget hus, det är ett skjul», eller för bilisten som säger om en svensk landsväg: »det här är ingen väg, det är en leråker», har ordens funktion att uttrycka känslor och värderingar trätt i förgrunden. Den finns i själva verket med långt oftare än vi vanligen gör oss reda för.

Eftersom språket har olika funktioner kan tolkningen av satser och språkliga uttryck ha olika uppgifter, som vi vanligen omedvetet fullgör på en och samma gång. Vi kan vilja ta reda på de faktiska upplysningar som kan utläsas ur en viss sats. Det gäller då att fastställa det påstående eller antagande som den enligt språkliga regler kan uttrycka. Det är så som vetenskapliga framställningar skall läsas. Vetenskapsmän strävar efter att använda språket så att endast ordens symboliska funktion är relevant. Inom vetenskaperna används språket på ett *upplysande* sätt. Detsamma är fallet inom vardagskunskapen, då vi vill underrätta våra medmänniskor om något.[4] Vill vi ta reda på vad någon sökt upplysa oss om, måste vi tolka hans uttalanden för att klarlägga de påståenden och antaganden som kan utläsas ur dem. Så långt, men också blott så långt krävs det språkliga undersökningar för att analysera påståenden och antaganden. Språket är ett nödvändigt medel för att uttrycka sådana, men härtill kan vilket språk som helst användas. Även inom ett och samma språk är friheten att välja mellan olika formuleringar tämligen stor.

Att till fullo förstå ett påstående innebär att känna till de betingelser som måste föreligga för att det skall vara sant, att veta vilka förutsägelser som i olika sammanhang kan härledas ur påståendet och därjämte hur dessa skall kunna empiriskt

[4] Hayakawa s. 27 ff.

prövas.[5] Dessa prövbara konsekvenser som kan härledas ur ett visst påstående utgör den teoretiska meningen hos den språkliga sats varmed påståendet är uttryckt. Endast satser, som enligt språkliga regler kan uttrycka påståenden, har teoretisk mening. Det är den som vetenskapsmän sysslar med och som vi försöker hålla oss till i vardagslivets diskussioner av kunskapsfrågor. En språklig sats kan emellertid samtidigt uttrycka ett påstående och förmedla en viss känsla. Satsen har då både en teoretisk och en ateoretisk mening. En mening av det senare slaget kan förmedlas också av fraser som inte kan uttrycka påståenden — och därför är teoretiskt meningslösa.

Språket kan nämligen också användas på ett *emotivt* sätt för att uttrycka, förmedla eller väcka känslor av olika slag. Det kan ske på ett enkelt och okomplicerat sätt genom utrop av typen »usch», »ack», »tack och lov» men också på ett subtilt och konstrikt sätt som inom lyriken. Säger någon: »X är en karaktärslös person» och vi håller med: »ja det är han verkligen», har vi tolkat hans yttrande och instämt i det. Det är en omedveten tolkning, ett första led i vår spontana upplevelse av yttrandet och vårt instämmande i det. Tolkningen kan emellertid också vara medveten, självständig och skild från spontana upplevelser, såsom exempelvis i litteraturhistoriska och estetiska reflexioner och i diskussioner om ordens möjligheter att uttrycka, förmedla eller väcka känslor. I vårt exempel skulle vi då i stället för att instämma i den talandes moraliska förkastelsedom tänka: »Jaså, han tycker illa om X och vill få oss att också göra det.»[6]

Slutligen kan språket användas för att direkt utlösa yttre handlingar, exempelvis genom direkta uppmaningar: »stäng dörren!», »var god fortsätt framåt i bussen!» etc. För att kunna rätta sig efter dessa *beteendebestämmande* uttalanden

[5] Carnap i Philosophy of Science 1936 s. 420. Jfr Reichenbach, Experience and Prediction s. 57 ff.

[6] Jfr Stevenson s. 20 ff.

måste man ha tolkat dem. Stänger vi dörren eller fortsätter framåt i bussen, är tolkningen första ledet i en spontan handling, men den kan också vara medveten och fristående: »Jaså skall jag stänga dörren nu igen», »Nu vill den här fåniga konduktören att jag skall fortsätta framåt i bussen, fast jag står bättre här». Även om vår tolkning föranleder senare handling av något slag, är den dock här skild från den spontana handling yttrandena varit avsedda att utlösa.

Detta innebär dock ingalunda att språkliga satser och uttryck skulle kunna uppdelas i tre särskilda grupper: upplysande, emotiva och beteendebestämmande. Mycket ofta verkar de samtidigt på flera sätt. En rubrik som »barnaskändaren ännu på fri fot» är både upplysande och emotiv. Den är en upplysning om att polisen ännu inte lyckats gripa en viss efterspanad person och samtidigt bidrar den till att jaga upp panik och indignation hos allmänheten. Rubriken »den efterspanade ännu på fri fot» kan upplysa om precis samma sakförhållande utan att på detta sätt påverka folks känslor. Ett utrop som »tjuren har brutit ner staketet och kommit in i trädgården» upplyser oss om ett faktum och påverkar samtidigt våra känslor och kan slutligen, om vi är modiga, få oss att ingripa för att oskadliggöra honom. Säger man till en e. o. amanuens i Kungl. Maj:ts kansli: »statssekreteraren räknar med att få er PM i dag», verkar denna upplysning direkt beteendebestämmande. De flesta amanuenser vill förmodligen uppfylla sin statssekreterares önskemål. Därför är en upplysning om hans vilja tillräcklig för att utlösa ett visst handlande. På motsvarande sätt kan rena upplysningar verka beteendebestämmande, närhelst en individ har intresse av att utnyttja dem på ett visst sätt. Skyltar med text såsom »Vägarbete», »Asfalt sprides» o. d. kommer bilisterna att sänka farten, även om det inte finns någon särskild skylt med »Kör sakta!». Att det emotiva språket samtidigt är beteendebestämmande är givet. Det be-

höver knappast påpekas i fråga om nationella sånger, kampsånger o. d. Det gäller emellertid också om stora delar av lyriken i övrigt.

Det kan sägas att språket strängt taget alltid är beteendebestämmande. Vi lämnar andra människor upplysningar för att de skall handla på ett bestämt sätt. En komplicerad vetenskaplig hypotes kan uppfattas som en föreskrift om hur nya experiment skall anordnas. När en mor säger till sin son: »Inga är inte någon bra flicka», kan hon mena precis detsamma som »du får aldrig mer träffa Inga». Hon använder emellertid ett annat och mera komplicerat sätt för att få sonen att bete sig på det sätt hon önskar. Hon vill inte förbjuda, hon vill övertyga. Hennes yttrande kan uppfattas som »jag tycker illa om Inga och jag vill att du också skall göra det». Det är något annat än ett direkt förbud och det kan vara ändamålsenligt att tolka det i enlighet härmed.

Vid tolkningen kan det ofta vara lämpligt att koncentrera sig på de upplysningar som förmedlas av vissa satser och se bort ifrån deras känslopåverkande och beteendebestämmande möjligheter. Man kan också rikta uppmärksamheten på de känslopåverkande möjligheterna hos en sats eller ett uttryck utan att sätta dem i samband med de handlingar som denna känslopåverkan ytterst syftar till.

Språket spelar en dominerande roll i vårt liv. Nästan alla våra kunskaper kommer till oss indirekt genom språket och de flesta färdigheter lär vi oss med dess hjälp. När vi läser romaner, noveller och lyrik påverkas vårt känsloliv och vi kan få en nyanserad människokunskap. Det är också genom språket som vi får andra människor att göra vad vi vill och som de kan få oss att uppfylla deras önskemål. Vår förmåga att tolka språkliga uttryck och själva använda sådana är därför av största vikt för vårt liv. Den kan leda oss till framgång eller misslyckande och göra oss omtyckta eller avskydda. Den präglar vår uppfattning av tillvaron, av andra människor och av oss

själva. Kanske kan den också leda oss till psykisk hälsa eller sjukdom.[7]

Språket är ett mäktigt instrument för att bestämma människors beteende. Med dess hjälp kan man framkalla vissa handlingar och förhindra eller motverka andra. Ända från småbarnsåldern påverkas vi av ord och fraser »feg», »modig», »så gör inte en käck pojke», »en fin flicka tänker inte på sånt», »i fosterlandets namn», »rättvisan kräver» etc. I rättssystemet och i den skrivna lagen når denna kontroll av människornas handlingar sin mest medvetna fas.[8] Här rör det sig i allt väsentligt om satser som föreligger i skrift. I diskussionen av den juridiska tolkningen kan vi därför bortse från de problem, som möter vid tolkningen av muntliga uttalanden, då gester, åtbörder, betoning o. s. v. blir av stor betydelse.

De satser som förekommer i lagar, förordningar, domar etc. och de däri ingående orden och fraserna kan uttrycka, förmedla och väcka en mängd olika föreställningar och känslor och utlösa olika handlingsimpulser. Det juridiska språket kan väcka, kanalisera och utlösa moralisk indignation. Så är enligt den allmänpreventiva straffteorien fallet med strafflagen och med straffrättskipningen.[9] Genom ålderdomlighet, högtidlighet eller ovanlighet i fråga om ordval och syntaktiska regler kan det väcka respekt och vördnad för rättssystemet.[10] Hos individer som reagerar på ett sådant sätt skapas attityder som främjar laglydnaden. Ibland kan emellertid det juridiska språket genom omständlighet och bristande överskådlighet i stället

[7] Detta innebär inte någon oreserverad anslutning till de anmärkningsvärda förväntningar i fråga om semantiken och dess framtida betydelse, som ofta kommer till uttryck i den semantiska litteraturen, t. ex. hos Korzybski, Science and Sanity s. 8 ff och s. 45. Jfr Blacks kritik av Korzybski i Language and Philosophy s. 223 ff.

[8] Se Williams i Law Quarterly Review 1945 s. 71.

[9] Se t. ex. Ekelöf, Straffet, skadeståndet och vitet, särskilt s. 27 ff.

[10] Olivecrona har särskilt understrukit den suggestion, som utgår från rättsreglernas imperativa form och från rättsmaskineriet i övrigt. Lagen och staten s. 35 ff.

vara ägnat att väcka irritation, såsom exempelvis är fallet i många länder med alkohollagstiftningen.

Ett påstående som »X har stulit en bil» kan hos olika personer åstadkomma de mest skilda reaktioner, t. ex.

1. Den uslingen!
2. Han förtjänar att straffas för stöld.
3. Han skall inte ha villkorlig dom.
4. Då måste jag döma honom för egenmäktigt förfarande enligt strafflagen 20: 6.
5. Att han knyckt en bil från en sån där dj-a överklassare är väl inget att bråka om.
6. Jaså, han har begått en handling som föranleder svenska domstolar att döma honom för egenmäktigt förfarande enligt strafflagen 20: 6.

De enskilda individernas emotionella reaktioner inför rättsliga satser, ord och uttryck liksom deras attityder till det rättsliga regelsystemet och myndigheternas verksamhet erbjuder lockande forskningsuppgifter för sociologen. Enligt traditionell åskådning ligger en behandling av dem utanför den egentliga juridikens område. För juristen är det i stället en dominerande uppgift att klarlägga den upplysande och den beteendebestämmande meningen hos rättsliga satser, ord och uttryck.

Ett uttalande som »X är ägare till detta föremål» innebär vanligen både en upplysning om vissa faktiska och rättsliga omständigheter och ett försök till beteendebestämning. Riktad till en person, som har föremålet i sin besittning, kan satsen innebära en uppmaning att lämna det till X. Riktad till en domstol, kan den vara en begäran att under vissa bestämda betingelser döma ut vissa rättsföljder. Men uttrycket kan också fällas i en situation, där någon beteendebestämning inte är avsedd. Det innebär då »här föreligger sådana faktiska och rättsliga omständigheter, att svenska domstolar under vissa

betingelser kommer att utdöma vissa rättsföljder». Ett sådant teoretiskt uttalande vilar på kunskapen om den beteendebestämmande mening som ordet »ägare» i ett givet sammanhang har enligt rådande juridiskt eller allmänt språkbruk.

Att ett ord har en bestämd mening innebär inte att det alltid uttrycker, förmedlar eller utlöser en bestämd föreställning, känsla eller handlingsimpuls. Ett uppfattat ord är en stimulus till vissa psykologiska processer. Ett ords mening består inte däri att det utgör en stimulus som alltid utlöser likartade reaktioner. Reaktionen på en given stimulus varierar alltefter det sammanhang, i vilket denna uppträder. Ordens förmåga att såsom symboler inverka på mänskligt beteende är först och främst begränsad till individer som behärskar det språk inom vilket en ljud- eller teckenkombination uppfattas som symbol, som en beteckning för någonting. Inte heller bland dessa människor har ett ord alltid samma verkan. Även om vi vet att ett ord har viss bestämd mening, kan vi inte förutsäga vilka föreställningar, känslostämningar eller handlingsimpulser som det kommer att väcka, om vi inte samtidigt vet något om de människor som får läsa eller höra ordet eller om det faktiska och språkliga sammanhang, i vilket det förekommer.[11] En person, som talar eller skriver, kan göra det för att utlösa inre spänningar hos sig själv men också — vilket är vanligast — för att hos andra framkalla föreställningar, känslostämningar och handlingsimpulser. Han använder då ord och uttryck som han tror vara ägnade härtill. Hans kunskaper om ett ords upplysande, emotiva och beteendebestämmande mening blir för honom i ett visst givet sammanhang en stimulus att använda ordet.[1]

Av den omständigheten att alkohol verkar stimulerande kan vi inte sluta oss till att en person som just nu dricker brännvin kommer att bli uppiggad. Han kanske inte tål sprit och därför

[11] Stevenson s. 42 ff.
[1] Ibid. s. 57 ff.

i stället blir slö och trött eller han kan strax innan ha tagit ett starkt nervlugnande medel. Att någon brukar behandla hundar illa, hindrar inte att han kan hyckla kärlek till en gnällande pekingeser, som tillhör en rik arvtant. Att en rättslig term har en viss mening innebär inte att den alltid framkallar en bestämd föreställning, känsla eller handlingsimpuls, utan blott att den gör så under vissa betingelser. Termen i fråga är aldrig den *enda* faktor som i en konkret situation bestämmer en individs handlande.[2] Tolkar vi en rättslig term genom att förtydliga den i ett påstående att »om vissa fakta föreligger, så skall vissa rättsföljder inträda», bör vi vara på det klara med att det inte är nödvändigt att dessa rättsföljder alltid skall inträda. Det kan föreligga omständigheter, som enligt andra regler föranleder att några av termens gängse rättsföljder inte skall inträda. Ett framtida händelseförlopp kan inte förutsägas med någon större grad av säkerhet såvida inte alla relevanta faktorer, som påverkar detta, är kända. Även om avtal av en viss typ skall ha vissa rättsföljder, gäller detta exempelvis inte om ett konkret avtal, som tillkommit genom svek.

Det är en utbredd föreställning att varje ord har en korrekt mening, som kan inhämtas i exempelvis en ordbok. En ordbok har emellertid endast till uppgift att återge rådande språkbruk. Personer som utarbetar en sådan, kan inte föreskriva hur ord skall användas. De har blott att rapportera hur de faktiskt använts av olika författare. Ordbokens definitioner är sammandrag av sådana rapporter. Ord kan emellertid förändra mening tämligen snabbt, varför det inte är orimligt att förkasta en ordboksdefinition såsom föråldrad. Inte heller är det otänkbart att en ordboksförfattare förbisett någon särskild användning av ett ord.

När vi skall bestämma ett ords mening i ett visst givet språkligt och faktiskt sammanhang har vi vanligen en allmän

---

[2] Ibid. s. 46 ff.

föreställning av vad det ungefärligen kan antas betyda. Vi vet exempelvis att ett ord som »vapen» kan beteckna dels vissa bestämda efter heraldiska regler sammansatta märken, som föres av en familj, sammanslutning, stat o. s. v., dels skjutvapen i militärteknisk betydelse, dels även föremål såsom spett, knivar, stämjärn, klubbor o. d. som kan användas som tillhygge mot någon person. Alla dessa företeelser faller inom *meningsområdet* för ordet »vapen». Det är vid fastställandet av ordens meningsområde som ordböcker har sin största betydelse. Särskilt gäller detta i fråga om ord med en speciell teknisk mening eller i fråga om ord, som är mera sällsynta.[3]

Antag, att vi skall tolka en sats i vilken ordet »demokrati» förekommer! Vi måste först läsa satsen i dess helhet och studera den tillsammans med andra satser, som står före eller efter den i texten. Dessa studier av det språkliga sammanhanget kan vara tillfyllest, men det kan likväl kvarstå en ovisshet om vad ordet »demokrati» innebär. Vi måste då gå vidare till det faktiska sammanhang, i vilket satsen tillkom. Det är av vikt att vi tar reda på vad som föranledde textens författare att skriva som han gjorde. Vi måste undersöka vilka fakta, som var aktuella för honom, och om möjligt studera hans beläsenhet, intressen, syften etc.

Ingen variation i det språkliga eller faktiska sammanhang, i vilket ordet »demokrati» förekommer, får anses så obetydlig att den inte kan medföra någon skiftning i dess mening. Ett ord har strängt taget aldrig samma mening i olika språkliga och faktiska sammanhang. Variationerna i mening kan vara så små att de ur praktisk synpunkt är oväsentliga, men de kan som regel klarläggas vid en noggrann analys.

Erfarenheten kan lära oss att göra antaganden om vad ett ord ungefärligen kan betyda i ett visst sammanhang. Vi kan i allmänhet lita på att talare i en heraldisk sammanslutning använder ordet vapen i en mening, som skiljer sig från vad som

[3] Hayakawa s. 54 ff.

är gängse i en förening av pistolskyttar. För dagligt bruk räcker det tämligen väl med sådana ungefärliga antaganden, förmodanden eller gissningar om ordens och satsernas mening. Vetenskaper, som övertagit sin terminologi från det allmänna ordförrådet kan emellertid inte nöja sig med så grova medel. De som arbetar inom dessa vetenskaper tvingas ofta att förtydliga sina termer, att ge vardagsorden en speciell mening och att införa nya termer för att överhuvud kunna uttrycka sina teorier och antaganden.

De ställes därvid inför stora svårigheter. Den första består i att ord ofta är *mångtydiga*. Ett ord är mångtydigt om det kan beteckna företeelser, händelseförlopp, egenskaper, relationer o. d. av olika slag. »Bok» är exempelvis ett mångtydigt ord i svenskan: det kan beteckna både någonting att läsa i och ett visst slags träd. *Entydiga* åter är ord som enbart betecknar företeelser av ett bestämt slag t. ex. »människokropp» eller ord som enbart betecknar en enda företeelse såsom »Stockholms Lucia 1951».[5]

När ett mångtydigt ord förekommer i en sats kan en tolkning inte alltid leda till ett bestämt resultat. Vi är ofta inte i stånd att tillskriva den någon bestämd mening enligt vanligt språkbruk. Om en person säger »vi hade en underbar tur» kan han uttrycka sin uppskattning av en biltur eller prisa sin goda tur som räddat honom från något obehagligt eller farligt. Vad han menar framgår emellertid ofta av sammanhanget. Innan han yttrat mer än den nu omtalade satsen, kan ingen veta vad som avses. Talaren kan exempelvis vilja prisa sin goda tur, medan åhöraren tror att han talar om bilturen. Här föreligger en förhastad tolkning. Den uppfattade meningen skiljer sig från den med satsen avsedda meningen. Detta är typfallet för de missuppfattningar som lätt kan vållas av mångtydiga ord.[6]

[5] Morris, Signs, Language and Behavior, s. 21 f.
[6] Williams s. 392.

Inom juridiken rör man sig ständigt med sådana ord. En ägare kan göra saker och ting med sin egendom, som andra inte kan göra — i varje fall inte utan att riskera rättsliga sanktioner — och han har en mängd rättsliga befogenheter i fråga om saker som tillhör honom: han kan sälja dem, pantsätta dem och vidta rättsliga åtgärder mot dem, som söker hindra honom att utnyttja sin egendom. Ordet »ägare» uttrycker i olika sammanhang olika komplex av faktiska handlingsmöjligheter och rättsliga befogenheter och ibland också skyldigheter. Tag exempelvis satsen: »X är ägare till . . .» och låt det ägda objektet vara en fastighet, ett flygplan, en bil, en aktie, ett strykjärn, en flaska vin, eller ett exemplar av Veckojournalen! Det är på grund av denna mångtydighet svårt att ange vad »ägare» i olika sammanhang innebär. Det kan därför lätt uppkomma missförstånd. Den talande eller skrivande kan ha vissa bestämda handlingsmöjligheter eller rättsliga befogenheter i tankarna, medan läsaren eller åhöraren kommer att tänka på helt andra sådana. På många områden går det genom studier av praxis och juridisk litteratur att ungefärligen utreda, vilken mening som i olika sammanhang tillkommer ordet »ägare» enligt juridiskt språkbruk. Där missförstånd kan vållas genom användningen av ordet »ägare», är det dock tillrådligt att uttryckligt ange de handlingsmöjligheter och rättsliga befogenheter eller skyldigheter som avses.

Detta gäller inte bara om centrala juridiska termer som »äganderätt», »fordran», »panträtt» etc. utan om de flesta ord som förekommer i lagar och förordningar. Ordet »vapen» har exempelvis, som redan sagts, en mening i lagen om rikets vapen och lagen om skydd för vapen och vissa andra officiella beteckningar. En helt annan mening har det i vapenkungörelsen och lagen om inlösen av skjutvapen och ytterligare en annan i strafflagen 15: 15 och på andra ställen, där det talas om resande av livsfarligt vapen. Mångtydighet innebär just detta: att en viss bestämd mängd olika meningar kan

förmedlas av samma sats eller språkliga uttryck. Den som skriver eller talar torde dock i princip kunna undanröja mångtydigheten genom mera utförliga uttryckssätt, även om det i praktiken kan ställa sig utomordentligt svårt.[1] För tolkaren kan det däremot många gånger vara omöjligt att göra ett bestämt antagande om vad ett mångtydigt ord i ett visst sammanhang innebär.

Den andra svårigheten ligger i att ord ofta är *vaga*. Så är fallet med ett ord när det finns företeelser, om vilka det inte kan avgöras huruvida de betecknas av ordet eller inte. Dessa kan sägas utgöra gränsfall. Vaghet är en egenskap som utmärker symboler som betecknar empiriska företeelser. Den är en osäkerhet i fråga om deras klassificering och denna osäkerhet har inte sin grund i bristfälliga kunskaper utan i obestämda språkvanor.[2] Vi kan exempelvis inte säga var i den kontinuerliga ljusbrytningen i ett spektrum den gula färgen börjar och var den gröna slutar.

När en person inte kan säga om en företeelse, ett händelseförlopp, en egenskap, en relation o. d. betecknas av en viss term eller inte, känner han sig villrådig. Han kan inte veta om en sats, i vilken termen förekommer, utsäger någonting härom eller inte. En sådan sats kan därför inte väcka några bestämda föreställningar, känslostämningar, eller handlingsimpulser. Hans subjektiva osäkerhet återspeglar vanligen osäkerheten hos ett visst språkbruk, allmänt eller specialiserat.[3]

Vagheten innebär ett ytterst viktigt filosofiskt problem, eftersom de logiska principerna bara gäller för *precisa* termer.[4] De gäller alltså inte i fråga om påståenden rörande gränsfallen och dessa är långt ifrån betydelselösa. Det går inte att reducera vagheten till en rent praktisk svårighet i fråga om ordens an-

---

[1] Black s. 29 och s. 42 n. 33.
[2] Ibid. s. 30 ff. Morris s. 21.
[3] Black s. 33.
[4] Marc-Wogau, Modern logik, s. 85 f.

vändning. Då uppkommer genast spörsmålet om hur man skall förfara med gränsfallen mellan »typfallen» och »gränsfallen» etc., vilket leder till en oändlig regress. Det finns ett inte skarpt avgränsat ovisshetsområde mellan de fall som med säkerhet betecknas av en viss term och dem som med säkerhet inte betecknas av den. Vi kan inte säga att satser som innehåller en sådan term har någon bestämd mening i fråga om företeelser som ligger i detta ovisshetsområde. Vi kan då inte med enbart teoretiska metoder avgöra, om termen betecknar dessa företeelser eller inte.[5]

Vad som hittills sagts om meningen hos satser och uttryck är inte nog för att vi skulle kunna diskutera tolkningsproblemet på ett fruktbart sätt. Vid fastställandet av en sats' eller ett uttrycks upplysande, emotiva och beteendebestämmande mening kan det vara nödvändigt att skilja mellan den avsedda meningen, meningen enligt rådande språkbruk och den mening som i ett enskilt fall tillskrives satsen eller uttrycket av en individuell åhörare eller läsare.[6]

Med *avsedd mening* hos en sats eller ett uttryck avses de föreställningar, känslor och handlingsimpulser som den talande eller skrivande velat uttrycka eller framkalla hos andra. Med *mening enligt rådande språkbruk* avses de föreställningar, känslor eller handlingsimpulser som en sats framkallar hos personer i allmänhet, som är förtrogna med det språk på vilket satsen är formulerad. Här måste vi skilja mellan *allmänt språkbruk* enligt vilket lingvister anser sig kunna avgöra vad som är korrekt svenska och ett *specialiserat språkbruk* såsom t. ex. läkares, teknikers, juristers, fotbollsspelares och seglares mera speciella språkbruk som i fråga om ordval, förkortningar och annat kan förete större eller mindre avvikelser från det allmänna språkbruket. Den *tillskrivna* meningen hos ord, uttryck eller satser är de föreställningar, känslor och handlings-

[5] Black s. 26 och s. 34 ff.
[6] Williams s. 392 ff.

impulser som de faktiskt framkallar hos en individuell läsare eller åhörare.

Dessa olika meningar stämmer ofta överens, men de kan också avvika från varandra. I det senare fallet kan en tolkning inriktas på att klarlägga vilken som helst av dem. Vi kan vilja ta reda på vad en person velat uttrycka, även om han kommit att välja ord som enligt allmänt språkbruk förmedlar en annan mening än han avsett. Vi kan emellertid också vilja utröna denna eller inrikta oss på att undersöka vilken mening som olika åhörare eller läsare faktiskt tillskriver hans ord.

TOLKNING I RÄTTSTILLÄMPNINGEN

All tolkning har att brottas med de problem, som berördes i föregående avsnitt. De är emellertid särskilt brännande inom juridiken. Av olika skäl nödgas juristerna vanligen inrikta sin väsentliga uppmärksamhet på gränsfallen, på företeelser, handlingar och situationer, vilkas rättsliga bedömning är oviss.

Att så är fallet, är tämligen naturligt. Det är av oerhörd betydelse för en tilltalad person, om hans handlingar anses utgöra »oredlighet mot borgenärer» eller en »icke straffbar gärning». I det ena fallet blir han dömd till fängelse eller straffarbete, i det andra kan han lämna rättssalen såsom en fri man. För en panthavare är det avgörande, om hans relation till det pantsatta föremålet är sådan, att han anses ha det i sin »besittning». För en markägare kan det vara av stor ekonomisk betydelse, om en del av hans mark anses vara en »skog» eller inte. Likaså kan det vara av största vikt för en person, om han anses vara »arbetstagare» eller »självständig företagare», om det avtal han ingått anses vara »nyttjanderättsavtal» eller »servitutsavtal» o. s. v. Vagheten och mångtydigheten hos de juridiska termerna vållar därför ofta svårigheter för juridikens utövare.[1]

[1] Agge har diskuterat sådana tolkningsproblem i en uppsats, i vilken han

Dessa sedvanliga tolkningssvårigheter förvärras av en för juridiken speciell omständighet. Reglerna i en lag föreligger ofta i en språkligt oförändrad form under lång tid, medan samhället och det ekonomiska och sociala livet kan ha undergått betydande förändringar efter lagens tillkomst. Dess ord måste då tillämpas i fråga om händelseförlopp och situationer, som var okända vid tiden för dess utfärdande. Sedan denna tid kan rättssystemet dessutom ha förändrats på angränsande områden och det kan ha uppkommit spänningar och motsättningar mellan äldre och yngre lagkomplex. Lagar skrivna för en mansålder sedan utformades i delvis andra syften än moderna lagar. I förarbetena till äldre lag finns därför inte sällan uttalanden om meningen med vissa i lagen förekommande ord och uttryck, vilka strider mot den mening dessa ord och uttryck givits i nyare lagstiftning, förarbeten till sådan eller i nyare rättspraxis. Det kan vara av den största betydelse för enskilda individer och sammanslutningar, om domstolarna i ett sådant fall följer den ursprungliga lagens förarbeten eller den senare utvecklingen på angränsande rättsområden.

De flesta rättsregler medför både en utvidgning och en minskning av människornas handlingsmöjligheter. Varje sådan regel innebär en inskränkning av handlingsmöjligheter för vissa individer i vissa situationer. Dessa kan hävda sina intressen genom att försöka begränsa regelns tillämpning till så få företeelser, handlingar och situationer som möjligt. De förordar en snäv, *restriktiv* tolkning av denna. Samma regel innebär emellertid vanligen också att åtminstone några individer i några situationer får ökade handlingsmöjligheter eller ökat skydd mot andras handlingar. De vill då av naturliga skäl utsträcka lagen till så många företeelser, handlingar och

---

också anför talrika exempel på lagregler, hämtade från straffrättens område, vilka skapar problem av denna art. Se Agge i Festskrift tillägnad Gösta Eberstein s. 7 ff

situationer som möjligt. De förordar en vid, *extensiv* tolkning av denna.

Hur förfar då domstolarna med de ovissa fall, som de av nu nämnda orsaker ofta tvingas att ta ställning till? I den fortsatta diskussionen förutsättes såsom givet, att domstolarnas ledamöter strävar efter objektivitet och opartiskhet och att de därför vill ta reda på rättens innehåll för att låta kunskapen härom influera på deras dömande verksamhet. Det måste därför framstå som en viktig uppgift för dem att skaffa sig kunskaper om rättens innehåll. Detta sker genom tolkning, vilken vi alltså här uppfattar såsom en rent teoretisk verksamhet, underkastad de regler, som i allmänhet gäller för vetenskapliga undersökningar.

Med ordet »tolkning» kan avses olika förfaringssätt med skilda syften. En rättsvetenskapsman kan vilja klarlägga innebörden av begreppet »arbetstagare» enligt svensk rätt. Han måste då studera hela meningsområdet för detta ord genom att systematiskt gå igenom lagar och praxis på olika rättsområden, där ordet förekommer.[2] Uppgiften är då att ange vissa karakteristiska egenskaper, som är gemensamma för alla personer, som enligt svensk rätt betecknas med detta ord. Det kan visa sig, att detta ord på olika rättsområden begagnas i olika meningar. Då måste han ange de egenskaper, vilka på olika rättsområden anses karakteristiska för dem som betecknas av ordet »arbetstagare». Juristen kan emellertid också ställa sig uppgiften att klarlägga vad »arbetstagare» betyder på ett enda sådant rättsområde, t. ex. med avseende på frågor rörande olycksfall i arbete.[3] Han skall då ange vilka egenskaper som är karakteristiska för personer, vilka i detta avseende anses vara arbetstagare. Slutligen kan uppgiften vara den ändå

[2] Ang. meningsområde, se ovan s. 118.

[3] Att 1916 års lag om olycksfall i arbete använder den äldre termen »arbetare» i stället för »arbetstagare», som numera är det vedertagna ordet, saknar i detta sammanhang betydelse.

mera begränsade att ta reda på vad ordet »arbetstagare» innebär i ett visst bestämt lagstadgande, t. ex. i 2 § semesterlagen. Målet för en sådan undersökning är att ange, till vilka personer som detta stadgande anknyter den däri föreskrivna rättsföljden.

Ehuru dessa olika tolkningsuppgifter kan tydligt skiljas från varandra, har de ett starkt inbördes samband. Ingen kan på ett mera nyanserat sätt ange meningsområdet hos ordet »arbetstagare» eller karakteristiska egenskaper hos personer, som i allmänhet eller på ett särskilt rättsområde betecknas med denna term, om han inte vet vad »arbetstagare» innebär i olika lagregler. Omvänt är grundlig kunskap om ordets meningsområde och om de olika sätt, på vilka det används i det juridiska språket, av betydelse, när det gäller att ta reda på vad ordet kan betyda i ett enskilt lagstadgande. Tolkningen syftar i det första fallet till en fullständig beskrivning av hur ordet »arbetstagare» användes inom svensk rätt och i det andra till en beskrivning av ordets användning på ett visst rättsområde. I det sista fallet syftar den till en beskrivning av ordets innebörd i ett bestämt lagstadgande. I alla dessa undersökningar kan det bli nödvändigt att redovisa en mångtydighet i fråga om ordets användning och en därav följande ovisshet i bedömningen av huruvida någon viss person är »arbetstagare» i den ena eller den andra meningen. Även sedan mångtydigheten eventuellt klarlagts och undanröjts, kvarstår den av vagheten betingade ovissheten om huruvida en viss person är »arbetstagare» eller inte. I fråga om dessa gränsfall måste man likaledes i beskrivningen av rättens innehåll redovisa ovisshet, såvida man vill begränsa sig till en ren beskrivning och inte vill framlägga »förslag» eller »rekommendationer» om hur fallen, enligt ens egen åsikt, *bör* bedömas.[4]

[4] Se ang. teoretisk verksamhet och »förslag» eller »rekommendationer» Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s. 6 ff., jämte däri behandlade arbeten.

Av domaren kan inte förväntas några mer eller mindre utförliga beskrivningar av rättens innehåll. Hans uppgift är mera begränsad. Av hans tolkning kan inte krävas mera än ett påstående — som kan vara uttryckligt formulerat i domen men också kan vara en nödvändig, men inte uttryckligt angiven förutsättning för denna — att ett ord eller uttryck i en viss regel *åtminstone betecknar fakta av den typ han i domen måste ta ställning till* och att dessa därför kan hänföras under regeln. Detta är tillfyllest för att han skall kunna subsumera fallet under ifrågavarande regel och göra en juridisk slutledning.[5]

I rättspraxis möter domaren emellertid ofta fakta, vilkas rättsliga bedömning är oviss. Domen kan synas lika rimlig vare sig han anser en person som »arbetstagare» eller »självständig företagare», ett avtal som »nyttjanderättsavtal» eller »servitutsavtal», en gärning som »oredlighet mot borgenärer» eller som »icke straffbar gärning». Han kan då inte utan vidare säga, att orden och uttrycken i de relevanta reglerna betecknar denna person, detta avtal eller denna gärning och följaktligen inte heller hänföra dem under resp. regel. Innan en subsumtion av dessa enskilda fall under resp. regel kan äga rum, måste ordens eller uttryckens mening preciseras eller göras entydig, så att det klart framgår om »arbetstagare» i detta sammanhang betecknar just en sådan person, som målet rör sig om, att »nyttjanderättsavtal» betecknar avtal av den typ, som är omstridd, och att sådana handlingar, som den tilltalade gjort sig skyldig till, faktiskt betecknas av »oredlighet mot borgenärer» eller om det i samtliga fall förhåller sig tvärtom. Hur skall detta kunna ske? Det är en fråga, som de s. k. lagtolkningsprinciperna söker besvara. Man brukar tala om den subjektiva, den objektiva och den teleologiska lagtolkningsprincipen. I detta sammanhang är det tillfyllest med en skissartad

[5] Ang. juridiska slutledningar se Ekelöf i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1945 s. 211 ff.

presentation av dessa principer, särskilt som AUGDAHL i ett nyutkommet arbete ägnat dem en tämligen utförlig diskussion.[6] Den teleologiska tolkningsprincipen, som innesluter mer eller mindre öppet redovisade värderingar, skall behandlas i ett senare sammanhang.[7]

Enligt den *subjektiva lagtolkningsprincipen* skall juristen alltid sträva efter att klarlägga *lagreglernas avsedda mening* och lägga denna till grund för sitt handlande. Thibaut framhåller, att lagstiftaren vanligen måste förutsättas ha valt sina ord på ett sådant sätt att de förmedlar den mening han avsett att uttrycka.[8] Om lagstiftaren i en eller annan regel likväl misslyckats härmed, så att orden enligt vanligt språkbruk fått en mening som skiljer sig från den avsedda meningen, måste tolkaren emellertid, enligt Thibauts åsikt, rätta sig efter vad lagstiftaren velat uttrycka. Thibaut anbefaller den principen, att vad lagstiftaren tänkte och ville uttrycka, skall betraktas som hans uttryckta vilja.[9] Savigny hävdar den liknande uppfattningen, att tolkningen måste syfta till en »rekonstruktion av den i lagen inneboende tanken», varmed han avser den av lagstiftaren avsedda meningen.[1]

Företrädarna för den *objektiva lagtolkningsprincipen* betraktar däremot lagen såsom något från lagstiftaren fristående. Juristen skall enligt deras mening inte fastställa »vad lagstiftaren velat, utan vad som sägs i lagen».[2] Kohler talar om lagens mening som en »andlig organism».[3] En annan jurist säger att lagens mening består av det som »det förnuftigt tänkande folkmedvetandet» kan läsa ut ur lagen.[4] Och ytterligare en

[6] Augdahl, Rettskilder s. 82 ff.
[7] Se nedan s. 134 f.
[8] Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts s. 12.
[9] Ibid. s. 45.
[1] Savigny, System s. 213 och s. 319 ff.
[2] Gmür s. 40.
[3] Kohler i Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart Vol. 13, 1886, s. 2.
[4] Binding, Handbuch des Strafrechts I s. 456.

annan talar om lagen såsom en »konstant levande kraft», som helt frigjort sig från motiv och avsikter hos de individer som skrev lagen.[5]

Det är inte svårt att förstå Augdahl, när han inför dessa teorier reagerar med utropet »snakk op ok snakk i mente» men en välvillig läsare inser att det ofta rör sig om ett — låta vara mindre lyckligt — sätt att uttrycka tanken att lagens mening enligt rådande allmänt eller juridiskt språkbruk skall vara vägledande för domstolarna.[6]

Den reella motsättningen mellan de subjektiva och de objektiva tolkningsprinciperna har ofta varit vida mindre än de slagordsmässiga programfraserna ger vid handen. Redan Thibaut förklarade att han med lagstiftarens vilja avsåg en vilja, som »måste kunna utletas ur lagarna själva».[7] Att inordna en regel i sitt samband med andra regler och söka sig fram till en systematisk enhet blir då detsamma som att söka »lagstiftarens vilja». Ordens »naturliga och vanliga mening» ger, heter det i ett klassiskt arbete om lagtolkning, den bästa ledningen vid sökandet efter lagstiftarens vilja.[8] Trots detta förekommer det emellertid ständigt, att den subjektiva och den objektiva tolkningsprincipen leder till oförenliga resultat i enskilda fall.

Hur skall juristen göra i sådana situationer? Rättsfilosofien kan inte lämna något svar på denna fråga. En tolkning kan lika väl syfta till att klargöra lagens avsedda mening som dess mening enligt rådande allmänt eller juridiskt språkbruk. Båda dessa uppgifter kan också sägas syfta till att klarlägga »lagens mening».[9] När tolkningen emellertid — såsom är fallet inom rättstillämpningen — syftar till att fastställa *en generell regel,*

---

[5] Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts I s. 254.
[6] Augdahl s. 94.
[7] Thibaut, Theorie der logischen Auslegung s. 46.
[8] Maxwell, On the Interpretation of Statutes s. 1.
[9] Jfr ovan s. 122 f.

ägnad att tjäna såsom översats i en juridisk slutledning, är emellertid läget ett annat. Om en slutledning skall kunna innebära en motivering för ett ställningstagande, som sker *just nu*, måste tolkningen syfta till att klarlägga denna regels mening *just nu*. Tolkningen måste m. a. o. mynna ut i påståendet, att en viss regel just nu har en sådan mening, att det konkreta fallet kan hänföras under regeln.[1] En tolkning som har denna funktion måste därför syfta till att klarlägga den mening, som enligt nu rådande allmänt eller juridiskt språkbruk tillkommer rättsregler eller rättsliga ord och uttryck.

Detta kan synas utgöra ett bestämt ställningstagande mellan den subjektiva och den objektiva lagtolkningsprincipen. Så är emellertid inte fallet. Denna motsättning återkommer, ehuru på ett annat plan, så fort man ställer frågan, på vilket sätt juristen kan ta reda på vad ord och uttryck innebär enligt rådande allmänt eller juridiskt språkbruk. Den ene kan då anse ett uttalande i förarbetena till en lag vara ett avgörande skäl för att tillskriva ett ord eller uttryck i denna lag en viss mening enligt rådande juridiskt språkbruk, medan en annan vill åberopa den mening, som dessa ord och uttryck har i den senare lagstiftningen på angränsande rättsområden eller i rättspraxis.

Den här gjorda analysen för likväl tolkningsdiskussionen framåt. Den är inte längre bunden av lagtolkningsprincipernas meningsbegrepp och den kan lämna de principiella motsättningarna. Det torde vara en fruktbar utgångspunkt för studiet av den argumentation, som jurister använder, när de söker göra troligt att rättsregler eller rättsliga ord och uttryck har en viss bestämd mening enligt rådande allmänt eller juridiskt språkbruk.

Vad som är rådande svenskt språkbruk kan i princip utrönas genom intervjuer av en samling individer, som är representa-

[1] Se Ahlander s. 118 ff.

tiva för den grupp av människor som använder det svenska språket. Därvid kan forskaren syfta till att klarlägga såväl ett ords meningsområde som dess mening i olika faktiska och språkliga sammanhang. Undersökningar av denna art kan emellertid sällan utföras, då någon behöver ta reda på hur språkbruket i ett eller annat avseende är beskaffat. Var och en tvingas då att lita till sin egen förtrogenhet med vårt språks ordförråd och grammatiska regler. I tveksamma fall kan han fråga personer i sin omgivning eller inhämta upplysningar från ordböcker eller uppslagsverk. Vagheten kan emellertid inte övervinnas på detta sätt, eftersom den beror på obestämda språkvanor.[2] Genom att studera ett vagt ord i dess språkliga och faktiska sammanhang kan man dock ofta avgöra, om det i en given text betecknar vissa fakta eller inte.

Även vid fastställandet av ett ords mening enligt juridiskt språkbruk, är det för tidskrävande att anordna intervjuer med personer, som kan antas vara representativa för den svenska juristvärlden. Det är i lagar, förarbeten till lagstiftning och i domstolarnas domar, som juristen kan finna material ägnat att ge upplysning om ett ords mening enligt rådande juridiskt språkbruk.[3] Mycket ofta har ett ord en tämligen vag mening enligt allmänt språkbruk och en mera specialiserad mening enligt juridiskt språkbruk. Så är det exempelvis med ord som »fastighet», »fast egendom», »besittning», »lån», »person», »köpman» och otaliga andra ord. Detta medför att en jurist och en lekman i vissa frågor kan utbyta tankar, utan att missförstånd behöver uppstå, medan de i andra löper stor fara att missförstå varandra. I en diskussion mellan jurister behöver det juridiska språket inte vålla missförstånd, därför att de vanligen kan dokumentera, hur ord och uttryck faktiskt an-

---

[2] Jfr ovan s. 121 f.

[3] Vissa teoretiska svårigheter, som möter en dylik åsikt, har förf. berört i slutkapitlet till »Är juridiken en vetenskap?» s. 167—176.

vänts i olika sammanhang genom att åberopa lagar, förarbeten, rättspraxis o. d.

Ett skäl för påståendet, att ett ord eller uttryck i en rättsregel har en viss mening, är att denna stämmer överens med »lagstiftarens mening» eller »lagstiftarens vilja». Det har ofta sagts att lagstiftaren inte kan ha någon mening eller vilja eftersom »lagstiftaren» vanligen är en månghövdad församling av individer med olika intressen och olika åsikter eller en sådan församling i förening med andra offentliga organ.[4] Med termen »lagstiftarens vilja» avses emellertid i modern juridik ingenting annat än uttalanden i förarbetena till en lag, yttranden över den, uttalanden i den parlamentariska diskussionen etc. I de flesta länder får sådant material åberopas i tolkningsfrågor, medan det i andra länder — exempelvis England — inte får utnyttjas i den juridiska tolkningen.[5]

Någon alltid avgörande betydelse tillskrives dock vanligen inte det material, som kan hämtas ur en lags förarbeten, ehuru det med säkerhet tillmätes en stor betydelse i rättstillämpningen. Enligt traditionell juridisk uppfattning betraktas heller inte förarbeten till lagstiftning såsom bindande för domstolarna.

I åtskilliga tolkningssituationer kan emellertid juristerna inte finna någon vägledning i förarbetena till den lag de skall tolka. De söker då ofta bilda sig en föreställning om vad lagstiftaren skulle ha tänkt och velat göra, om han uppmärksammat situationer av den typ, som är aktuell i tolkningssituationen. De vill då finna stöd i lagstiftarens *hypotetiska vilja*. I modern rättsteori är det vanligt, att man är kritisk mot detta argument[6], men inom vissa gränser är det otvivelaktigt

[4] Se exempelvis ovan s. 67 jämte där i n. 5 anförd litteratur.

[5] Maxwell, s. 24. Craies, A Treatise on Statute Law s. 119.

[6] Se t. ex. Gmür s. 40, Radin i Harvard Law Review Vol. 43, 1931, s. 863 ff.; Horack i West Virginia Law Quarterly Vol. 38, 1932, s. 119 ff. m. m.; Nutting i Minnesota Law Review Vol. 24, 1940, s. 520 och Augdahl s. 88.

försvarligt, såsom framgår av följande exempel: A är vän av fri företagsamhet. B, som kommer hem från Bolivia berättar att det där finns ett parti som vill förstatliga bankväsendet. Ehuru A aldrig varit i Bolivia och aldrig hört talas om detta parti, kan det dock tämligen riskfritt förutsägas att han efter B:s berättelse kommer att ogilla detta bolivianska parti. Om en lag utfärdas i ett visst tydligt syfte, kan det — teoretiskt sett — vara fullt försvarligt att med åberopande av lagstiftarens hypotetiska vilja avvisa en tolkning som skulle direkt motverka detta syfte, även om denna tolkning i och för sig är lika väl förenlig med det juridiska språkbruket som en motsatt tolkning. Den som vill hålla sig till argument, som är i vanlig mening teoretiska, måste emellertid alltid kritiskt pröva varje åberopande av lagstiftarens hypotetiska vilja. Detta argument erbjuder juristerna utsökta tillfällen att skjuta in sina egna etiska och politiska värderingar i vad som förmenas utgöra »lagens mening» eller »rättens innehåll».

Av största vikt för tolkningen av ord och uttryck är givetvis hur de använts i andra lagar på samma eller angränsande rättsområden, såväl i lagstiftning som i rättspraxis. Helt säkra är dock inte heller påståenden om meningen hos ord och uttryck, vilka vilar på sådana skäl. Att ett ord eller uttryck har en mening på ett visst rättsområde, utesluter inte att det har en annan mening på ett annat rättsområde. Härtill kommer att det ofta är synnerligen vanskligt att fastställa vad en dom egentligen innebär.

De nu berörda problemen rörande juristernas tolknings- och rättstillämpningsvanor torde erbjuda givande forskningsuppgifter för den allmänna rättsläran. I detta sammanhang är det emellertid nog att slå fast vissa ur principiell synpunkt betydelsefulla omständigheter.

(1) I vissa situationer kan juristen på grundval av lagar, förarbeten och rättspraxis och med användande av metoder, som är i vanlig mening vetenskapliga, konstatera, att ord och

uttryck i en rättsregel enligt rådande allmänt eller juridiskt språkbruk betecknar fakta av en viss typ och att dessa därför kan subsumeras under regeln. I vardagslivet förekommer ständigt situationer, vilkas rättsliga bedömning inte vållar någon som helst svårighet. Klara och tydliga regler bidrar otvivelaktigt till att minska antalet tvister och konflikter mellan människor och gör att situationer, vilkas rättsliga bedömning är tämligen uppenbar, endast i undantagsfall föranleder civilprocesser.

(2) I andra situationer är det, teoretiskt sett, omöjligt att avgöra, om ett ord eller ett uttryck i en rättsregel betecknar vissa fakta eller inte. Den rent teoretiska verksamheten mynnar då ut i ovisshet. Den slutar med ett konstaterande, att två eller flera alternativa tolkningar är ungefärligen lika trovärdiga.[7]

Enligt den *teleologiska lagtolkningsprincipen* skall domaren då bygga sin dom på det alternativ, som bäst stämmer överens med lagens ändamål, med dess *ratio legis*. »Överallt är det ändamål, på vars giltighet rättsregeln vilar, — — — avgörande för dess tolkning», skriver GERMANN.[8] Vad detta ändamål innebär och hur det skall kunna fastställas, är emellertid ytterligt oklart. Germann varnar emellertid uttryckligen för tanken att detta skulle överensstämma med »lagstiftarens s. k. motiv».[9] EKELÖF har i ett nyutkommet arbete sökt att närmare analysera vad »lagens ändamål» egentligen innebär. Han framhåller, att ett lagstadgande kan ha en faktisk effekt i många avseenden och »på ett flertal olika sätt påverka medborgarnas beteende. Att lägga hela denna effekt till grund för stadgandets tillämpning kan naturligtvis ej komma i fråga. Endast den del

---

[7] Jfr ovan s. 76 f. Se också Kohler i Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart Vol. 15, 1886, s. 33.

[8] Germann, Methodische Grundfragen s. 15.

[9] Ibid. s. 15 f.

därav har betydelse såsom stadgandets ändamål, vilken utgör ett moment i det helhetsresultat, som förverkligas genom en harmonisk samverkan mellan detta stadgande samt andra i gällande rätt ingående regler.»[1]

Att det här rör sig om värderande processer hos den, som tillämpar rättsregeln, är uppenbart. Han får vanligen hålla till godo med ungefärliga antaganden om en lags ändamål, som ju alltid måste studeras i samband med rättsystemet i dess helhet. Han kan därför långt ifrån alltid räkna med, att de skulle kunna ge en säker ledning vid den teoretiska tolkningen av ord eller uttryck i rättsreglerna. Det rör sig i själva verket om ett sätt att anföra skäl för ställningstaganden, som har sin orsak i juristens egna etiska och politiska värderingar. Denna kritik drabbar inte den teleologiska metoden, såvida den inte framträder med anspråk på att vara en rekommendation om hur man bör gå till väga för att fastställa en »rättsregels mening» eller »rättens innehåll». Så synes vara fallet med Germann, som i varje fall uttrycker sig obestämt i detta avseende.[2] Ekelöf framlägger däremot denna princip just som en metod, vilken bygger på värderingar.

Trots den här berörda skillnaden mellan tolkning under (1) och tolkning under (2) är det ändamålsenligt att i anslutning till klassiskt juridiskt språkbruk använda termen »tolkning» om båda dessa tillvägagångssätt. Man kan särskilja dem genom att tala om teoretisk tolkning och värderande. Den teoretiska tolkningen leder under (1) fram till ett påstående om meningen hos en rättsregel, ett rättsligt ord eller ett rättsligt uttryck, som framstår såsom avgjort mera trovärdigt än varje annat påstående härom. Under (2) leder den till ovisshet och ställer juristen inför oförenliga antaganden härom, vilka framstår såsom ungefärligen lika trovärdiga. För att i en sådan situation kunna motivera en dom tvingas domaren göra något,

[1] Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s. 29.
[2] Germann, Methodische Grundfragen s. 14—15 jämförda med s. 22.

som kan medföra en förändring av rättens innehåll. Han måste tillskriva en rättsregel, ett rättsligt ord eller ett rättsligt uttryck en viss bestämd mening trots att det teoretiskt sett inte är berättigat att göra så. Blir en sådan dom prejudicerande, sker en förändring av rättens innehåll. Om en domare låter »oredlighet mot borgenärer» beteckna ett handlingssätt, vars rättsliga klassificering tidigare varit oviss, har den i strafflagen 23: 1 givna regeln preciserats. Vi kan då tala om en *preciserande* tolkning. En sådan minskar vagheten i fråga om ett rättsligt ord eller uttryck genom att fakta, som tidigare utgjort ovissa gränsfall, uttryckligen förs in under detta — i fråga om ett visst språkligt och faktiskt sammanhang — eller förklaras inte höra hemma under detta.[3] I ett annat fall kan det exempelvis vara osäkert, om en ägare har en viss befogenhet med avseende på någon viss egendom. Här tvingas en domstol för att kunna döma att undanröja en mångtydighet, som i detta avseende vidlåder ordet »ägare». Vi kan då tala om *entydiggörande* tolkning. Också sådan är ägnad att reducera den ovisshet, som kan råda i fråga om den rättsliga klassificeringen av olika fakta.

I dessa fall vilar ett ställningstagande både på juristens kunskaper om en rättsregels mening och på hans etiska och politiska värderingar. Den teoretiska tolkningen ger honom alternativa möjligheter och valet mellan dem bygger på hans värderingar och hans kunskaper om samhälleliga företeelser i allmänhet, m. a. o. på de ändamålssynpunkter han anser lämpliga att anlägga på det fall han skall avgöra.

Om tolkning kan man dock endast tala, så länge det rör sig om att tillämpa en regel med avseende på fakta, som enligt allmänt eller juridiskt språkbruk *kan* betecknas av däri förekommande ord och uttryck. Anser sig juristen böra gå utöver denna gräns, gå utanför meningsområdet för dessa ord eller

[3] Jfr Cook, The Logical and Legal Basis of the Conflicts of Laws s. 158 ff. Jfr också ovan s. 118 f.

uttryck, är det oftast lämpligt att inte längre tala om tolkning utan om analogislut.[4] Ett ords meningsområde får emellertid inte tänkas som något skarpt avgränsat och inte heller som något oföränderligt. Om en domstol låter ett rättsligt ord eller uttryck beteckna en företeelse, som synes falla utanför dess meningsområde, kan det stundom med lika starka skäl sägas, att detta vidgats till att omfatta även denna nya typ av företeelser, som att domstolen genom en analogi låtit ordet eller uttrycket beteckna en företeelse utanför dess meningsområde.

TILL RÄTTSTILLÄMPNINGENS PROBLEMATIK

Med en rättsregels tillämpning förstås ett beteende, ett handlande av något slag. Själva fastställandet av en rättsregel innebär givetvis inte någon tillämpning och inte heller föreligger någon sådan, om en person påstår, att ett faktum skall hänföras under en viss rättsregel. I det klassiska typfallet anses rättstillämpningen utgöra ett handlande, ett beteende, som är bestämt av kunskapen om »rättens innehåll» eller om »en lags mening».

Den som efter studiet av nya skattelagar vidtar åtgärder för att kringgå dessa, rättar onekligen sitt handlande efter kunskapen om rättssystemets regler, men detta beteende utgör knappast någon rättstillämpning. Inte heller är det fråga om någon sådan, då advokater eller bolagsjurister utformar kontrakt och avtal på grundval av sina kunskaper om rättssystemets regler. Dylika regler spelar en viktig roll för oss alla. De bestämmer ofta vårt beteende men detta innebär ingalunda alltid att vi tillämpar några rättsregler.

---

[4] Augdahl använder här termen »ordgränsen». Med denna terminologi kan analogislut sägas föreligga vid ett överskridande av ordgränsen. I litteraturen finns dock även andra meningar om förhållandet mellan tolkning och analogislut. Så talar t. ex. Gmür om analogislutet »die noch zur Auslegung gehört». Gmür s. 42. Jfr ovan s. 15 n. 7.

Här kommer ordet »rättstillämpning» att begränsas till att endast avse domstolarnas dömande verksamhet.[5] Med hänsyn till ordets tämligen obestämda användning inom juridiken, kan detta måhända väcka kritik. Vad som här säges om rättstillämpningen i denna mening, torde emellertid i allt väsentligt gälla i allmänhet om det sätt, på vilket jurister brukar nå fram till och motivera sina ställningstaganden till konkreta fall, m. a. o. om vad som här kallas den »juridiska argumentationstekniken».[6]

Rättstillämpning förutsätter kunskaper av olika slag. För det första måste man veta att det relevanta rättsliga ordet eller uttrycket betecknar fakta av ett visst slag, som under bestämda omständigheter skall föranleda vissa rättsföljder. För det andra krävs det vetskap om att just sådana fakta och omständigheter föreligger i det konkreta fallet. Genom en sammanställning av dessa insikter åstadkommes premisserna för en juridisk slutledning. Själva slutsatsen, att ifrågavarande rättsföljd skall knytas till de föreliggande omständigheterna, utgör dock inte någon rättstillämpning. Först då domaren fattat sitt beslut och dömt i överensstämmelse med regeln har den tillämpats.

Detta är den situation som de flesta äldre teorier om rätten haft för ögonen. Den förutsätter att domaren på ett ur teoretisk synpunk korrekt sätt tagit reda på den mening, som enligt rådande juridiskt eller allmänt språkbruk tillkommer ett visst rättsligt ord eller uttryck, och sedan dömer i överensstämmelse med denna kunskap.

Är rättssystemet på någon punkt genom vaghet eller mångtydighet sådant att det tillåter oförenliga tolkningar, kan ingen av dessa sägas ingå i rättens innehåll. Detta är på ifrågavarande punkt obestämt, vilket innebär att meningen hos ett

---

[5] Detta synes helt stämma överens med Gihls nyligen framförda åsikt. Se Gihl i Jus Gentium Vol. 2, 1950, s. 47 ff. och s. 52 ff.

[6] Jfr Ahlander s. 11 ff.

rättsligt ord eller uttryck med avseende på vissa omständigheter, inte kan fastställas. Rättsliga fakta kan i sådana situationer med ungefärligen samma rätt åberopas till stöd för helt olika domar.

Domaren kan i ett sådant fall inte träffa ett avgörande utan att klargöra för sig, hur han önskar att rättssystemet skall förändras. Han kan fråga sig vilken dom som bäst stämmer överens med hans rättskänsla och rättviseföreställningar, men han kan också mera reflekterat och rationellt överväga, vilken dom han med utgångspunkt från sina värdepremisser finner mest önskvärd ur samhällets synpunkt. Vilket tillvägagångssätt han väljer beror på hans personliga läggning. Intet av dem kan betecknas som teoretiskt sett mera korrekt än det andra.

Hans dom innebär, att han tillskriver ett rättsligt ord eller uttryck en mening, som det inte ägde innan han avkunnade sin dom. Blir domen prejudicerande, sker en förändring av det juridiska språkbruket genom att en tidigare rådande oviss-het i fråga om ordets eller uttryckets mening blivit undanröjd.

Även om en domare lyckats fastställa den mening, som enligt rådande juridiskt eller allmänt språkbruk tillkommer en viss rättslig term eller ett rättsligt uttryck är det emellertid inte därför säkert att han rättar sitt handlande efter den. Han kan på grund av sin rättskänsla, sina rättviseföreställningar eller sin uppfattning om vad som ur samhällelig synpunkt är önskvärt vägra att rätta sig efter den sålunda fastställda meningen.[7] För att kunna fälla en dom, som han finner önskvärd, nödgas han i ett sådant fall avvika från ifrågavarande rättsliga ords eller uttrycks mening enligt juridiskt eller allmänt språkbruk.

Ibland *kan* domaren till stöd för en dom åberopa en teore-

[7] Se Ussing, Retsstridighed s. 17.

tiskt välgrundad åsikt om meningen hos en rättsregel. I andra fall *kan* han *inte* åstadkomma en sådan motivering. Leder teoretiska undersökningar endast fram till två alternativa tolkningar, som ter sig ungefärligen lika rimliga, kan domaren endast genom en värderande akt formulera den rättsregel, under vilken han vill hänföra det enskilda fallet.[8] Att bygga ett studium av rättstillämpningen på en distinktion mellan dessa båda typer av tillämpningssituationer är dock mindre lämpligt. Värderingarna spelar nämligen en vida större roll inom rättstillämpningen, än en sådan distinktion ger vid handen, vilket här i korthet skall antydas.

I varje tillämpningssituation är det konkreta fallet den givna utgångspunkten. Domaren söker avgöra detta med ledning av det förefintliga rättsliga regelsystemet. Om detta fall med ungefärligen lika starka skäl kan hänföras under olika regler, som föreskriver olika rättsföljder, måste domarens val bli beroende av hans värdering av det resultat han kan uppnå genom att bygga på den ena eller den andra regeln. Inom den ram, som den teoretiska tolkningen dragit upp, betingas valet av hans etiska och politiska värderingar och hans kunskaper om samhälleliga företeelser m. a. o. av s. k. ändamålssynpunkter. Dessa redovisas dock vanligen inte i tillämpningssituationer av denna art. Kan domaren — teoretiskt sett — med samma skäl hänföra ett givet fall under två olika regler, subsumerar han vanligen, efter att ha fattat sitt beslut, utan närmare motivering fallet under den ena eller den andra regeln eller gör ett kortfattat påstående, att fallet »uppenbarligen» e. d. skall hänföras under endera regeln. På samma sätt förfar han, när han står inför valet mellan två ur teoretisk synpunkt likvärdiga tolkningar av en rättsregel, ett rättsligt ord eller ett rättsligt uttryck. Det behöver inte särskilt påpekas, i huru hög grad denna juridiska argumentationsteknik är ägnad att dölja

[8] Se ovan s. 135 f.

de värderande momenten inom rättstillämpningen, genom att sätta domaren i stånd att skjuta in sina egna värderingar i vad han betecknar såsom »rättens innehåll» eller »lagens mening».

Även i de fall, då domaren avviker från den ur teoretisk synpunkt mest trovärdiga tolkningen av en rättsregel, kan han i denna teknik finna argument, med vilkas hjälp han på samma sätt kan skjuta in sina värderingar i vad som förutsättes vara »rättens innehåll» eller »lagens mening». Ett ovanligt belysande exempel på hur denna operation kan utföras, finnes hos Maxwell, författaren till ett klassiskt engelskt arbete om lagtolkning. Han vill ge juristerna regler för hur de skall kunna finna lagarnas rätta mening. Han understryker att tolkaren inte får »ändra eller förbättra lagen».[9] Likväl rekommenderar han juristen att avvika från lagens »vanliga mening», om denna skulle leda till någon »olämplighet, grymhet, absurditet eller orättvisa, som inte kan antas ha varit avsedd av lagstiftaren».[1] Maxwell tillägger med en slående filosofisk oskuldsfullhet: »The rules of grammar yield readily in such cases to those of common sense.»[2]

Vad Maxwell här uppställer är inte någon regel för hur man skall ta reda på »rättens innehåll» eller »lagens mening», inte någon *regel för den teoretiska tolkningen,* utan en *handlingsprincip* riktad till domstolarna, en handlingsprincip, som anvisar dem hur de skall handskas med rättens regler för att komma fram till individuella domar, som de finner rättvisa och socialt önskvärda.[3] På samma sätt förhåller det sig med de flesta handlingsregler, som under tidernas lopp framställts under namn av tolkningsregler och som vanligen har sedvanerättslig karaktär men som i vissa länder — exempelvis Eng-

[9] Maxwell s. 5 f.
[1] Ibid. s. 198.
[2] Ibid. s. 198.
[3] Cohen, Morris R. s. 131; Augdahl s. 102 ff.

land och flera delstater i USA — utfärdats genom lagstiftning.[4] Det är givetvis omöjligt att genom lagstiftning eller rättspraxis bestämma vilket slag av argumentation som är teoretiskt övertygande. Det är sådant som vi endast kan lära oss genom att studera den vetenskapliga forskningen på olika områden.

Det är den uråldriga traditionen att i rättstillämpningen endast se en ren subsumtion av enskilda fall under i förväg givna rättsregler, som tvingat juristerna att omedvetet rationalisera sina handlingsprinciper till någonting, som ter sig såsom regler för teoretisk tolkning.

De flesta sådana »tolkningsregler» är utformade på ett sådant sätt, att de i enskilda fall tillåter oförenliga tolkningar av samma rättsregel och samma rättsliga ord eller uttryck. Hit hör sådana regler som t. ex. *in dubio pro reo,* som ibland givits den innebörden att domstolarna på straffrättens område i fall av ovisshet skulle välja den för den tilltalade mest förmånliga tolkningen av ett straffbuds mening.[5] Eftersom vi inte kan övervinna vagheten hos straffrättens termer, är det logiskt omöjligt att säga att vi i *alla* fall av ovisshet skulle godta den tolkning, som är mest förmånlig för den tilltalade. Vi kan aldrig dra en bestämd gräns mellan de vissa och de ovissa fallen.[6] Vad regeln innebär, är helt enkelt en rekommendation att vara försiktig med extensiv tolkning. På samma sätt förhåller det sig med regler som »undantagsbestämmelser skall tolkas restriktivt» o. s. v. Inte heller sådana regler kan anses utgöra mer än en allmän rekommendation till försiktighet. Vi saknar ännu undersökningar, som kan sätta oss i stånd att på ett någorlunda säkert sätt avgöra, i vilken mån domstolarna följer dylika rekommendationer.

[4] Jfr Augdahl s. 102 ff. ; Dowling, Patterson and Powell, Materials for Legal Method s. 276 ff.; Sutherland-Horack, Statutes and Statutory Construction Vol. II s. 314 ff. och Vol. III s. 1 ff.

[5] Se Augdahl s. 105 jämte där anförd litteratur.

[6] Jfr ovan s. 121 f.

Inom modern rättsteori anses det numera föråldrat att uppställa några mera utförliga tolkningsregler.[7] Men de juridiska argument med vars hjälp juristerna kan skjuta in sina egna värderingar i vad som anges vara »rättens innehåll» eller »lagens mening», finns alltjämt kvar och spelar en ytterst viktig roll i rättstillämpningen. Denna måste därför uppfattas såsom en intim förening av teoretiska och värderande moment. De värderande momenten för en dold, underjordisk tillvaro, medan de teoretiska ligger i dagen, som till synes förnuftiga och rationella motiv till rättstillämpningens konkreta ställningstaganden.[8] Ett studium av rättstillämpningen, som byggde enbart på dessa ytargument, skulle föra oss vilse. Även om domaren är i stånd att motivera en dom med en, teoretiskt sett, helt övertygande tolkning av en rättsregel, är det ingalunda säkert att domen bestämts *enbart* av denna tolkning. Han bygger domen på denna regel, därför att han inte funnit andra regler, som han i stället anser tillämpliga. Men domen förutsätter också, att han inte funnit dess konkreta resultat alltför orättvist eller i alltför hög grad stridande mot hans uppfattning om vad som är ur samhällelig synpunkt önskvärt. *Om* han haft en sådan inställning till domens resultat, skulle han nämligen ofta genom att åberopa någon mer eller mindre vag allmän rättsgrundsats eller rättsprincip, genom att påstå, att lagen vore behäftad med »redaktionsfel» eller genom att bygga på »sakens natur», »rättvisa och billighet» eller på annat sätt ha kunnat motivera en annan dom.

Eftersom den juridiska argumentationstekniken innehåller argument, med vilkas hjälp domaren *kan avvika också från en ur teoretisk synpunkt fullt övertygande tolkning av en rättsregel,* måste domarens etiska och politiska värderingar spela en betydande roll även i det komplex av orsaker som leder till att han dömer i enlighet med en sådan tolkning.

[7] Somló, Juristische Grundlehre s. 379 ff. och Augdahl s. 102 ff.
[8] Jfr ovan s. 100 f.

Dessa värderingar kan i själva verket utgöra den avgörande orsaken till hans dom, ehuru han naturligtvis tillgriper den utsökta möjligheten att motivera denna med det argumentet, att den följer som en logisk konsekvens av en korrekt teoretisk tolkning av en rättsregel.

En domare har att slita tvister mellan människor, som ofta är lidelsefullt engagerade utan att själva kunna åstadkomma en lösning. Inte sällan är hans beslut av livsavgörande betydelse för de enskilda individerna framför domarebordet. Både för sin egen skull och för parternas måste han därför ge sin dom en så auktoritativ formulering som möjligt. En mera övertygande motivering för en dom än att den är en konsekvens av en korrekt teoretisk tolkning, kan inte tänkas. Då en domare företar ett val mellan alternativa tolkningar och t. o. m. då han förändrar en rättsregel eller rent av gör en ny regel försöker han därför ofta att ändå framställa sin dom på detta sätt. Detta är en följd av den juridiska traditionen, som bjuder att domarens person skall träda tillbaka, så att han framstår som en ren förmedlare av rättens bud.

Enligt vanlig teoretisk måttstock skulle det i sådana fall föreligga ett önsketänkande, som innebär att domaren på grund av sina värderingar överskattar betydelsen av de skäl som talar för hans åsikt om rättens innehåll och underskattar eller förbiser de skäl som talar emot den. Att göra så innebär att dra en otillfredsställande gräns mellan hur något kan antas vara beskaffat och hur man önskar att det skulle vara beskaffat. Tvånget att handla och att därvid förverkliga resultat, som stämmer överens med domarens etiska och politiska värderingar, eller i varje fall ej alltför mycket strider mot dessa, gör rättstillämpningen till något annat än en teoretisk verksamhet i vanlig mening. En vetenskapsman kan formulera teorier och ägna resten av sitt liv åt att pröva dem, göra dem entydiga och precisera dem. Domaren måste emellertid fatta ett beslut oavsett om detta kan ske på grundval av teore-

tiskt övertygande argument eller inte. Juridiken och rättstillämpningen är en sammansmältning av vetenskap och värdering. I diskussioner om olika juridiska uppgifter är det viktigt att komma ihåg detta. De teoretiska uppgifterna måste behandlas som i vanlig mening vetenskapliga. De värderande åter är besläktade med dem som möter en politiker. Domarens verksamhet är inte en vetenskapsmans. Den syftar inte till en beskrivning och systematisering av rättens innehåll. Den är någonting utöver en vetenskaplig verksamhet och skall därför inte bedömas enligt normer som gäller för en sådan.

Den vetenskapliga argumentationstekniken gör det i princip möjligt att i varje kunskapsfråga eliminera alla påståenden utom det som tills vidare godtas som sant. Detta hindrar naturligtvis inte att forskare ofta får nöja sig med alternativa antaganden, om de anser dem ungefärligen lika trovärdiga. De får då skjuta upp valet mellan dem och sätta i gång med nya forskningar, som kanske kan ge ett mera bestämt resultat. Inom vetenskaperna vet man numera tämligen väl vad olika argument är värda. Teorier och påståenden utsätts för en ständig kontroll genom nya forskningar och härigenom utkristalliseras de typer av argument, som erfarenheten lär oss att vi kan lita på.[9]

I fråga om juridiken är problemet mera komplicerat. Är uppgiften enbart att studera »rättens innehåll» eller »lagens mening», måste man underkasta sig den vetenskapliga argumentationens regler. Så gör man inom den moderna rättsvetenskapen, vars utövare i allmänhet medvetet strävar efter en boskillnad mellan vetenskap och värdering. Är uppgiften däremot att döma eller ta ställning i en konkret situation, fordras ofta argument av en helt annan typ. Den juridiska argumentationstekniken omfattar därför både argument av vetenskaplig

---

[9] Jfr ovan s. 96 och s. 105 ff.

typ och argument med vars hjälp människor i allmänhet hävdar sina värdeståndpunkter. Det är emellertid i högsta grad ovisst när ett argument är av det ena eller det andra slaget. Hela denna teknik — omfattande de olika lagtolkningsprinciperna, e contrario- och analogisluten, åberopandet av *ratio legis*, *ratio decidendi*, »sakens natur» etc. -- är nämligen sådan att den i enskilda fall kan leda till inbördes oförenliga resultat. I motsats till förhållandet inom vetenskaperna är det inte ens i princip möjligt att eliminera alla lösningar utom en. Logiken och kunskapsläran kan därför inte alltid hjälpa oss att skilja en korrekt juridisk lösning från en inkorrekt. Om regelsystemet i en konkret situation tillåter oförenliga lösningar kan ingen av dem sägas vara bestämd av detta. Den juridiska argumentationstekniken kan då helt enkelt inte anvisa något bestämt resultat. Endast genom att den enskilde juristen i sådana fall medvetet eller omedvetet bygger sitt resonemang på en värdering, kan han komma till en regel, på vilken han kan stöda sin dom. Denna är då till sitt innehåll bestämd av domarens etiska och politiska värderingar och av hans kunskaper om samhälleliga företeelser. Sedan han fattat sitt beslut, får han försöka finna det för detta fall bästa av de argument, som den juridiska argumentationstekniken tillhandahåller.

Vissa moderna rättsfilosofer ser därför i denna teknik ingenting annat än en dimbildning, som juristerna tillgriper för att dölja de verkliga skälen till sina ställningstaganden.[1] De tänker sig att det är möjligt att åstadkomma en rimlig juridisk motivering för praktiskt taget varje ståndpunkt. Detta är överdrivet. Det är otvivelaktigt så, att en domare inte alltid är i stånd att använda denna teknik för att motivera vilka domar som helst. Även om han aldrig så gärna vill döma på ett visst sätt, kan han inte göra det såvida han inte lyckas finna en juridisk motivering, som han vet att hans kolleger

[1] Jfr ovan s. 100 f.

kommer att böja sig för eller i varje fall betrakta såsom juridiskt rimlig eller möjlig. Kan han inte finna ett sådant argument, måste han döma på ett sätt som strider mot de värderingar han omfattar i egenskap av privatman. Den juridiska argumentationstekniken har en säregen dubbelfunktion. Den tillhandahåller argument, som juristen kan använda, när han vill avvika från vad som med teoretiska metoder kan visas vara »rättens innehåll» eller »lagens mening». Sådana argument är ofta ideologiska rationaliseringar av ställningstaganden, som har sin orsak i etiska och politiska värderingar. Samtidigt innebär emellertid denna teknik en spärr för det rena godtycket och den kan ofta tvinga den enskilde juristen att handla eller döma på ett sätt som strider mot vad han personligen skulle önska.

Man får emellertid inte tro att den juridiska argumentationstekniken är något som juridikens utövare upplever såsom ett yttre tvång. När vi tänker över ett problem sker det på ungefärligen samma sätt som när vi diskuterar det med någon annan. Skillnaden är bara den att vi spelar två roller. Vi gör ett antagande och försöker sedan fundera ut de invändningar som vi tror att andra kommer att göra. Sedan bemöter vi dem och så fortgår det inre samtalet. När en fysiker tänker föreställer han sig att han talar med andra fysiker, läkaren att han talar med andra läkare, juristen med andra jurister. Vårt tänkande bestäms till väsentlig del av vår intellektuella miljö. Resultatet av våra tankemödor är betingade av vårt »osynliga auditorium».[2] Genom sin utbildning och juridiska träning växer varje jurist in i sin tids juridiska argumentationsteknik, övas i den och gör den till sin egendom.

Den juridiska argumentationstekniken kan därför reducera godtycket och öka möjligheterna för att domarna skall bete

---

[2] Mead, Mind, Self and Society s. 154 ff. och Mills i American Sociological Review Vol. 4, 1939, s. 12 ff.

sig på ett likformigt sätt inom rättstillämpningen, även i de fall då det inte är möjligt att genom teoretiska metoder fastställa »rättens innehåll» eller »lagens mening».[3] Det kan ofta vara omöjligt för en domare att finna juridiskt rimliga eller möjliga argument för att motivera ett ställningstagande som strider emot en tydlig lagregel eller en sedvaneregel, som uppenbart måste betecknas såsom en gällande rättsregel. Dylika regler är emellertid ofta vaga och mångtydiga så att de tillåter honom att i enskilda fall ge en lika rimlig motivering för olika ställningstaganden. Om jurister härvidlag har olika åsikter beror det inte på att någon av dem »räknat fel» eller misstagit sig i fråga om rättsliga fakta. De vill avgöra ett rättsfall på olika sätt därför att de omfattar olika värderingar. En väl skriven lag och en enhetlig rättspraxis är ägnad att minska denna handlingsfrihet, men lagar och rättspraxis är sällan sådana att de inte i någon situation tillåter domarna att välja mellan olika ställningstaganden, som ter sig ungefärligen lika rimliga.

Hittills har orden »rimlig» och »möjlig» använts utan att deras betydelse närmare angivits. Vad innebär de i detta sammanhang? Inom vetenskaperna bedömer man, om ett påstående är rimligt eller möjligt, med utgångspunkt från de regler som gäller för vetenskaplig argumentation. Att ett påstående betecknas som rimligt eller möjligt, innebär att det troligtvis eller möjligen är sant. Detsamma är fallet inom rättsvetenskapen, bedriven såsom vetenskap i vanlig mening. Att ett ställningstagande är rimligt eller möjligt inom juridiken i allmänhet och även inom rättstillämpningen innebär enbart, att det kan motiveras med argument som faktiskt är vedertagna bland jurister. Vad som är vedertaget växlar delvis från tid till tid och från ort till ort. Vissa juridiska argument, som var gängse för sjuttiofem eller femtio år sedan, har förlorat förmågan

[3] Jfr Brusiin, Die Objektivität der Rechtsprechung s. 55 ff.

att övertyga nutidens jurister och de har därför kommit ur bruk. Den juridiska argumentationen företer också nationella variationer, men i sina huvuddrag torde den vara likartad i alla västerländska kultursamhällen.

Vad som är vetenskapligt rimligt eller möjligt är något relativt. Det beror på våra kunskaper vid varje särskild tidpunkt. En åsikt kan te sig rimlig på grundval av vissa erfarenhetsfakta men orimlig, när vi fått kännedom om nya fakta. Vad som är juridiskt rimligt eller möjligt, är relativt på ett annat sätt. Det beror på hur rättssystemet i varje särskilt land är beskaffat, på samhällets styrelsesätt, på hur lagarna är skrivna, på hur domstolarna motiverar sina domar, på den rättsvetenskapliga traditionen, på juristkårens sociala rekrytering, på juristernas politiska åsikter o. s. v. När en ståndpunkt just nu betecknas såsom juridiskt rimlig i vårt land, betyder det alltså att den kan ges en tämligen stark motivering i överensstämmelse med svenska juristers vanliga sätt att anföra skäl för sina ställningstaganden. Att en ståndpunkt är juridiskt möjlig betyder att den vilar på en argumentation som de använder och anser tillåten.

Anförd litteratur

Agge, I., Abstrakt norm och konkret verklighet. Reflexioner kring några lagtekniska spörsmål. (Festskrift tillägnad Gösta Eberstein ... Sthlm 1950, s. 7—35.)

Ahlander, B., Juridik och socialvetenskap i två moderna amerikanska arbeten. (Svensk juristtidning 35 (1950), s. 100—105.)

—— Moderna tendenser i amerikansk juristutbildning. (Svensk juristtidning 34 (1949), s. 578—585.)

—— Teoretiska satser och »förslagssatser» inom juridiken. (Tidsskrift for rettsvitenskap 61 (1948), s. 511—531.)

—— Är juridiken en vetenskap? Sthlm 1950.

Aristoteles, Nikomachische Ethik, übers. und mit einer Einleitung und erklärenden Anmerkungen versehen von E. Rolfes. Durchges. und um Namen- und Sachregister verm. Ausgabe. Lpz. 1933. (Die philosophische Bibliothek. 5.)

Aubry, C. & Rau, C., Cours de droit civil français. D'après la méthode de [C. S.] Zachariæ. 4e éd., revue et complétée. Vol. 1—8. Paris 1869—74.

Augdahl, P., Forelesninger over rettskilder. Oslo [1949].

Austin, J., Lectures of jurisprudence. Vol. [1]—3. Lond. 1861—63.

Beaumanoir, P. de, Les coutumes du Beauvoiries. Nouv. éd., publ. d'après les manuscrits de la Bibliothèque Royale par le comte Beugnot. Vol. 1. Paris 1842.

Beccaria, C. B., Ueber Verbrechen und Strafen nebst Anmerkungen ... Uebers. und mit Vorwort und Beccaria's Biographie versehen von M. Waldeck. Berl. 1870. (Historisch-politische Bibliothek. 8.)

Bentham, J., The limits of jurisprudence defined ... Now first printed from the author's manuscript with an introd. by C. W. Everett. New York 1945.

—— Traités de législation civile et pénale ... T. 1—3. Paris 1802.

Bergbohm, C., Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen. Bd 1. Lpz. 1892.

Beudant, C., Cours de droit civil français. 2e éd. Publ. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière. T. 1. Paris 1934.

Binder, J., Bemerkungen zum Methodenstreit in der Privatrechtswissenschaft. (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 100 (1934), s. 4—83.)

Binder, J., Philosophie des Rechts. Berl. 1925.
Binding, K., Handbuch des Strafrechts. 1. Lpz. 1885. (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abth. 7: 1.)
Black, M., Language and philosophy. Studies in method. Ithaca, N. Y. 1949.
Blackstone, W., Commentaries on the Laws of England. 12th ed. with the last corrections of the author and with notes and additions by E. Christian. Book 1—4. Lond. 1793—95.
Bodin, J., Les six livres de la republique. 4e éd. Paris 1579.
Boistel, A., Le Code civil et la philosophie du droit. (Le Code civil 1804—1904. Livre du centenaire. T. 1. Paris 1904, s. 45—70.)
Bracton, H. de, De legibus et consuetudinibus Angliae. Ed. by G. E. Woodbine. Vol. 2. New Haven 1922. (Yale historical publ. Manuscripts and edited texts. 3.)
Brusiin, O., Über die Objektivität der Rechtsprechung. Hki 1949.
Burlamaqui, J. J., Principes du droit de la nature et des gens. 1774.
Burnet, J., Greek philosophy. P. 1. Lond. 1914.
Cardozo, B. N., The nature of the judicial process. New Haven 1925.
—— The paradoxes of legal science. New York 1930. (J. S. Carpenter fund lectures 1927.)
Carlyle, R. W. & A. J., A history of mediaeval political theory in the West. Vol. 5—6. Edinb. & Lond. 1928—36.
Carnap, R., Testability and meaning. (Philosophy of science 3 (1936), s. 419—471, 4 (1937), s. 1—40.)
Čepička, A., L'édification de la législation nouvelle en Tchécoslovaquie. (Bulletin de droit tchécoslovaque 8 (1950), s. 2—22.)
Cicero, Scripta quae mansuerunt omnia. Fasc. 39: De re publica. Iterum recognovit K. Ziegler. Lips. 1929. (Bibl. scriptorum graecorum et romanorum Teubneriana.)
Cohen, F. S., Ethical systems and legal ideals. An essay on the foundations of legal criticism. New York 1933.
Cohen, M. R., Law and the social order. Essays in legal philosophy. New York 1933.
Cook, W. W., The logical and legal bases of the conflict of laws. Cambridge, Mass. 1942. (Harvard studies in the conflict of laws. 5.)
Craies, W. F., A treatise on statute law. Founded on Hardcastle on statutory law. 3rd ed. by J. G. Pease and J. P. Gorman. Lond. 1923.
Demolombe, C., Cours de Code civil. T. 1—31. Paris 1845—1882.
Dowling, N. T., Patterson, E. W. & Powell, R. R., Materials for legal method. Chic. 1946. (University casebook ser.)
Ehrlich, E., Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Lpz. 1903.
—— Grundlegung der Soziologie des Rechts. Münch. & Lpz. [1913] 1929.

Ekelöf, P. O., Juridisk slutledning och terminologi. (Tidsskrift for rettsvitenskap 58 (1945), s. 211—272.)
—— Straffet, skadeståndet och vitet. En studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt. Upps. 1942. (Uppsala univ:s årsskrift. 1942: 8.)
—— Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Lund 1951. (Skrifter utg. av Juridiska fakulteten i Lund. 14.)
Esmein, A., L'originalité du Code civil. (Le Code civil 1804—1904. Livre du centenaire. T. 1. Paris 1904, s. 3—21.)
Exposé des motifs de l'avantprojet du Département fédéral de justice et de police. Bern 1901.
Friedmann, W., Legal theory. 2nd ed. Lond. 1949.
Gaudemet, E., L'interprétation du Code civil en France depuis 1804. Bâle & Paris 1935. (Basler Studien zur Rechtswissenschaft. 8.)
Gény, F., Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 2e éd., revue. Paris 1919.
—— Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. T. 1. Paris [1914] 1922.
Germann, O. A., Methodische Grundfragen. Basel 1946. (Schweizerische criminalistische Studien. 1.)
—— Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts. Ein Beitrag zu den grundsätzlichen Fragen der Rechtsfindung. (Zeitschrift für schweizerisches Recht. N. F. 68 (1949), s. 297—332, 423—456.)
Gihl, T., Om begreppet »rättstillämpning». En terminologisk undersökning; tillika ett bidrag till läran om ordre public. (Jus gentium 2 (1950), s. 41—62.)
Gmür, M. se Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.
Grotius, H., De jure belli ac pacis libri tres in quibus jus naturae & gentium, item juris publici praecipua explicantur. Editio nova cum annotatis auctoris... Oxf. 1913—25. (The classics of international law. [3.])
Hayakawa, S. I., Language in thought and action. New York 1949.
Heck, P., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tüb. 1932.
—— Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tüb. 1914. (Sonderdr. aus Archiv f. d. civilist. Praxis.)
Hillenbrand, M. J., Power and morals. New York 1949.
Hobbes, T., Leviathan or The matter, forme and power of a common-wealth, ecclesiastical and civill. Lond. 1651.
Holland, T. E., The elements of jurisprudence. 13th ed. Oxf. 1924.
Horack, F. E., In the name of the legislative intention. (West Virginia law quarterly 38 (1932).)

Hume, D., Enquieries concerning the human understanding and concerning the principles of morals ... Ed. with introd., comparative tables of contents and analytical index by L. A. Selby-Bigge. 2nd ed. Oxf. [1902] 1936.
—— A treatise of human nature ... Ed., with an analytical index by L. A. Selby-Bigge. Oxf. 1896.
Hutcheson, J. C., The judgment intuitive. The functions of »hunch» in judicial decision. (Cornell law quarterly 14 (1929).)
Hägerström, A., Är gällande rätt uttryck av vilja? (Festskrift tillägnad Vitalis Norström ... Göteb. 1916, s. 171—210.)
Ihering, R. von, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. Th. 1. Lpz. 1852.
—— Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Lpz. 1884.
—— Der Zweck im Recht. 4. Aufl. Bd 1—2. Lpz. 1904—05.
Isay, H., Rechtsnorm und Entscheidung. Berl. 1929.
Jodl, F., Geschichte der Ethik als philosophischer Wissenschaft. 4. verb. Aufl. Bd 1. Stuttg. 1930.
Jones, J. W., Historical introduction to the theory of law. Oxf. 1940.
[Kantorowics, H.] Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft. Heidelb. 1906.
Kelsen, H., General theory of law and state. Cambr., Mass. 1945. (The 20th century legal philosophy ser. 1.)
—— Hauptprobleme des Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tüb. 1911.
—— Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Lpz. & Wien 1934.
—— Den rena rättsläran. Dess metod och grundbegrepp. (Statsvetenskaplig tidskrift 36 (1933), s. 193—244.)
Kierulff, I. F., Theorie des gemeinen Civilrechts. Bd 1. Altona 1839.
Kirchmann, J. H. von, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. 3. Aufl. Berl. 1848.
Kohler, J., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd 1. Berl. 1904.
—— Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Berl. & Lpz. 1917.
—— Über die Interpretation von Gesetzen. (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 13 (1886), s. 1—61.)
Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd 1: Einleitung erläutert von M. Gmür ... Bern 1910.
Korzybski, A., Science and sanity. An introduction to non-Aristotelian systems and general semantics. With supplementary introd. and bibliography. 2nd ed. Lancaster, Pa. 1941. (International non-Aristotelian library.)

Lasswell, H. D. & McDougal, M. S., Legal education and public policy. Professional training in the public interest. (The Yale law journal 52 (1943), s. 203—295.)

Llewellyn, K. N., The Bramble bush. On our law and its study. New York [1930] 1951.

—— Legal tradition and social science method — a realist's critique. Essays on research in the social sciences. Publ. by the Brookings institution. Wash. 1931.

Lucien-Brun, P., Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code civil suisse. Grenoble 1920. (Thèse.)

Lukas, J., Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung. (Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband ... Bd 1. Tüb. 1908, s. 397—427.)

Lundstedt, A. V., Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten. 3: Obligationsbegreppet. 1—2. Upps. 1929—30.

—— Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten. 4: Grundlinjer i skadeståndsrätten. 2: Strikt ansvar. 2: 1. Upps. 1948.

Mannheim, K., Man and society in an age of reconstruction. Studies in modern social structure. Rev. and considerably enl. Lond. [1940] 1946.

Marc-Wogau, K., Modern logik. Halmstad 1950.

Maritain, J., Les droits de l'homme et la loi naturelle. New York 1942.

Maxwell, P. B., On the interpretation of statutes. 7th ed. by G. F. L. Bridgman. Lond. 1929.

Mead, G. H., Mind, self & society from the standpoint of a social behaviorist. Ed., with introd., by C. W. Morris. Chic. 1937.

Meier, E., Die Rechtsbildung in Staat und Kirche. Berl. 1861.

Messner, J., Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik. 2., unveränd. Aufl. Innsbr. & Wien 1950.

Mills, G. W., Language, logic and culture. (American sociological review 4 (1939), s. 670—680.)

Montesquieu, C. L. de, Oeuvres complètes avec les variantes des premières éditions, un choix des meilleurs commentaires et des notes nouvelles par E. Laboulaye. T. 3—4. Paris 1876.

Morris, C., Signs, language and behavior. New York 1946.

Nutting, C. B., The ambiguity of unambiguous statutes. (Minnesota law review 24 (1940), s. 509 ff.)

Ogden, C. K. & Richards, I. A., The meaning of meaning. A study of the influence of language upon thought and of the science of symbolism. With supplementary essays by B. Malinowski and F. G. Crookshank.

8th ed. Lond. 1946. (International library of psychology, philosophy and scientific method.)
Olivecrona, K., Om lagen och staten. Lund 1940.
—— »Viljan bakom rätten.» (Statsvetenskaplig tidskrift 50 (1947), s. 1—32.)
Portalis, J.-É.-M., Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil. Publ. par F. Portalis. Paris 1844.
Pound, R., Interpretations of legal history. New York 1923. (Cambridge studies in legal history.)
—— Outlines of lectures on jurisprudence. 5th ed. Cambr., Mass. 1943.
—— The scope and purpose of sociological jurisprudence. (Harvard law review 24 (1910/11), s. 591—619, 25 (1911/12), s. 140—168, 489—516.)
—— Spurious interpretation. (Colombia law review 7 (1907), s. 379—386.)
—— The theory of judicial decision. 1—3. (Harvard law review 36 (1922/23), s. 641—662, 802—825, 940—959.)
Pritchett, C. H., The Roosevelt court. A study in judicial politics and values, 1937—1947. New York 1948.
Pufendorf, S., Elementorum jurisprudentiæ universalis. Vol. 1—2. Oxf. & Lond. 1931. (The classics of international law. 15: 1—2.)
Radin, M., Statutory interpretation. (Harvard law review 43 (1929/30), s. 863—885.)
Reichenbach, H., Experience and prediction. An analysis of the foundations and the structure of knowledge. Chic. [1938] 1947.
Rodell, F., Woe unto you, lawyers! New York 1939.
Ross, A., Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen. Lpz. & Wien 1929. (Diss. Upps.)
Rutherforth, T., Institutes of natural law. Lond. 1748.
Sabine, G. H., A history of political theory. New York 1937. (American political science ser.)
Salmond, J., Jurisprudence. 9th ed. [Ed.] by J. L. Parker. Lond. . . . 1937.
Savigny, F. C. von, System des heutigen römischen Rechts. Bd 1. Berl. 1840.
—— Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelb. 1814.
Segerstedt, T. T., Moral sense-skolan och dess inflytande på svensk filosofi. Lund 1937. (Lunds univ:s årsskrift. N. F. Avd. 1. Bd 33: 8.)
—— Ordens makt. En studie i språkets psykologi. Sthlm 1944.
Somló, F., Juristische Grundlehre. 2. unveränd. Aufl. Lpz. 1927.
Stammler, R., Theorie der Rechtswissenschaft. Halle 1911.

Stampe, E., Die Freirechtsbewegung. Gründe und Grenzen ihrer Berechtigung. Berl. 1911.
Stevenson, C. L., Ethics and language. New Haven & Lond. [1945] 1946.
Stone, J., The province and function of law. Law as logic, justice and social control. A study in jurisprudence. Sydney 1946.
Sutherland, J. G., Statutes and statutory construction. 3rd ed. By F. E. Horack, jr. Vol. 1—3. Chic. 1943.
Thibaut, A. F. J., Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts. 2. verm. und verb. Ausg. Altona 1806.
—— Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Heidelb. 1814.
Thomas av Aquino, Opera omnia. Iussu impensaque Leonis XIII. Vol. 7. Roma 1892.
Thon, A., Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre. Weimar 1878.
Tolar, J., La nouvelle procédure pénale. (Bulletin de droit tchécoslovaque 8 (1950), s. 251—276.)
Tuhr, A. von, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd 1. Lpz. 1910. (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abt. 10: 1.)
Ussing, R., Retsstridighed. Strejflys over nordisk retslære. Khvn 1949. (Festskrift udg. af Københavns universitet ... den 11. marts 1949.)
Wach, A., Handbuch des deutschen Civilprocessrechts. Bd 1. Lpz. 1885. (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abt. 9: 2.)
Vattel, E. de, Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains. Vol. 1—3. Wash. 1916. (The classics of international law. [4.])
Wedberg, A., Den nya logiken. D. 1. Sthlm 1945. (Studentföreningen Verdandis småskrifter. 477.)
Vigié, A., De la nécessité d'une édition du Code civil au point de vue historique. (Le Code civil 1804—1904. Livre du centenaire. T. 1. Paris 1904, s. 23—43.)
Williams, G., Language and the law. (The law quarterly review 61 (1945), s. 71—86, 179—195, 293—303, 384—406, 62 (1946), s. 387—406.)
Windscheid, B., Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. durchges. und verm. Aufl. Bd 1. Frankf. a. M. 1891.

Person- och sakregister

Agge, 123 f.
allmännytta, 39, 51, 73
allmänprevention, 114
allmänt rättsmedvetande, 93
amerikansk realism, 88, 100
analogislut, 137
analytiska skolan, 40, 44
apriorisk kunskap, 29
argumentation a posteriori, 27
argumentation a priori, 27
argumentationsteknik, se juridisk argumentationsteknik
Aristoteles, 19
Aubry, 53
Augdahl, 128, 129, 132, 137, 141, 142
Austin, 40, 44—48, 98

Beaumanoir, 23
Beccaria, 35 f.
begreppsjuridik, 69—72, 82, 89
begreppsjurisprudens, se begreppsjuridik
Bentham, 40, 41—44, 56, 73
Bergbohm, 68
Bergson, 78
betydelse, se mening
Beudant, 55
Binder, 70, 72, 89
Black, 52, 114, 121, 122
Blackstone, 33 f., 47
Bodin, 23 f.
Boistel, 50
Bracton, 23
Brusiin, 148
Burlamaqui, 49
Burnet, 19
Bürgerliches Gesetzbuch, 50, 72

Cardozo, 100
Carlyle, 23
Carnap, 111
Čepička, 17
Cicero, 20
Code Civil, 14 f., 50—53, 56, 57
Cohen, Felix S., 102
Cohen, Morris R., 100, 141
common law, 9 f., 100
Comte, 66
Cook, 136
Craies, 132

Demolombe, 53
domstolarnas verksamhet, 16, 52, 55, 63, 77, 89, 94, 99, 100
Dowling, 141
egentlig tolkning, se lagtolkning

Ehrlich, 89, 91—94
Ekelöf, 114, 126, 127, 134, 135
engelsk-amerikansk rätt, se common law

entydiggörande tolkning, se lagtolkning
equity, 34
Esmein, 50
evig rätt, se rätt
exegetiska skolan, 40, 53
extensiv tolkning, se lagtolkning

folkdemokrati, 16 f.
folkmedvetande, 57, 60, 61, 63, 66
Friedmann, 10, 18, 20
frirättsskolan, 65, 78, 89—91
fristående imperativer, 104

Gaudemet, 14, 55
Gény, 55, 78
Germann, 10, 134, 135
Gihl, 138
Gmür, 15, 128, 132, 137
Gnaeus Flavius, se Kantorowics
Grotius, 25—29
grundnorm, 74
gränsfall, 122, 126
gudomlig rätt, se rätt

Hayakawa, 108, 110, 118
Heck, 85—88
historiska skolan, 40, 53, 56 ff., 66
Hobbes, 29—31
Holland (engelsk jurist), 48
Horack, 132, 142
Hume, 38 ff., 56, 73
Hutcheson, 101
hypotetisk vilja, 42, 132 f.
Hägerström, 67, 103

ideologisk rationalisering, se rationalisering
Ihering, 40, 69, 70, 73, 80, 82—85
intresseavvägning, 83, 85, 87, 88
intressejuridik, 82—88
intuition, se irrationell intuition
irrationell intuition, 101
Isay, 101

Jodl, 19
Jones, 23, 59
juridisk argumentationsteknik, 138, 140, 143, 146, 147
jus civile, 20
jus gentium, 20
jus naturale, 22
jus positivum, 22, 67
Justinianus, 12, 22

Kant, 80
Kantorowics, 89
katolsk rättsfilosofi, 79
kausala intressen, 86, 87
Kelsen, 74—77
Kierulff, 72
Kirchmann, 69
Kohler, 81, 128, 134
Konstantin, 12, 23
konstruktiv rättsvetenskap, 104
kontinentaleuropeisk rätt, se rätt
Korzybski, 114

lagens mening, 10, 36 f., 46, 53 ff., 70 ff., 77, 87 f., 126 ff., 133 ff., 140 ff.
lagens ändamål, se ratio legis
lagstiftarens vilja, 42, 132 f.
lagtolkning, 10—18, 30, 33, 35, 37, 52, 62, 76 f., 85, 104, 123—137, 141—143
lagtolkning, egentlig, 47, 98
—, entydiggörande, 136
—, extensiv, 125, 142
—, liberal, 42 ff.
—, oegentlig, 47, 98

—, preciserande, 136
—, restriktiv, 124
—, strikt, 42 ff.
—, teoretisk, 135
—, värderande, 135
lagtolkningsprincip, objektiv och subjektiv, 127—130
lagtolkningsprincip, teleologisk, 127, 134 f.
Lasswell, 102
liberal tolkning, se lagtolkning
la libre recherche scientifique, 78, 79
Llewellyn, 100, 102
Ludvig XIV, 13, 49
Lukas, 14
Lundstedt, 67, 88, 103, 104, 106
lust- och olustkalkyl, 41, 43, 44, 47

McDougal, 102
Mannheim, 98
Marc-Wogau, 121
Maritain, 79
Maxwell, 128, 132, 141
Mead, 147
Meier, 66
mening, 110 ff.
—, ateoretisk 111
—, avsedd 122, 128 ff.
—, enligt allmänt eller juridiskt språkbruk 122, 128 ff.
—, teoretisk 111
—, tillskriven, 122
meningsområde, 118, 125, 126, 131, 137
Montesquieu, 13, 36 f., 49, 56
Morris, 119
mångtydighet, 119 ff., 123, 136
mänsklig rätt, se rätt

Napoleon I, 14, 50
naturrätt, 14, 15, 19—40, 50, 61, 73, 78—81, 93, 94
naturrätt, rationalistisk, 25—31, 70
—, äldre, 19—25
Nutting, 132

objektiv lagtolkningsprincip, se lagtolkningsprincip
oegentlig tolkning, se lagtolkning
Ogden, 108
Olivecrona, 67, 88, 103, 104, 106, 114
ordgräns, 137
ovisshetsområde, 126

Patterson, 141
Portalis, 50—53
positiv rätt, se rätt
positivism, 40, 65, 66—69, 72, 89
postulat, se rättsliga postulat
Pound, 94, 98, 99
Powell, 141
preciserande tolkning, se lagtolkning
Pritchett, 38
public policy, 102
Pufendorf, 31 f.

Radin, 132
ratio legis, 32 ff., 47, 52, 73, 82, 134 f.
rationalisering, ideologisk, 11, 101
Rau, 53
realism, se amerikansk realism
Reichenbach, 111
référé législatif, 13 f.
rena rättsläran, 74—77
restriktiv tolkning, se lagtolkning

Richards, 108
riktig rätt, se rätt
riktigt avgörande, 83
Rodell, 101
Ross, 50, 68
Rutherforth, 49
rätt, engelsk-amerikansk, se common law
rätt, evig, 20 f.
—, gudomlig, 20 f., 24
—, kontinentaleuropeisk, 9 f.
—, mänsklig, 20 f.
—, positiv, 22, 24, 26, 29, 32
—, riktig, 80
—, social, 92 f.
rättens innehåll, 10, 12, 36 f., 39, 46, 53 ff., 70 ff., 133 ff., 140 ff.
rättskälla, 52, 54, 60, 61, 72, 89
rättskänsla, 89 ff.
rättsliga postulat, 81
rättsmedvetande, se allmänt rättsmedvetande
rättsregel, 44, 67, 82, 91, 124
rättskapande, 16, 52, 55, 63, 77, 89, 99
rättssystemets enhet, 80
rättssystemets fullständighet, 70
rättstillämpning, 9—18, 27, 28, 31, 37, 53, 61, 62, 76, 78, 84, 99, 104, 137—149
rättvisa, 89 ff., 93

Sabine, 19, 24
Salmond, 48, 68
samhällets inre ordning, 91 f.
samhällsnyttan, 103
samhällsvilja, se statsvilja
Savigny, 53, 56 ff., 66, 128
schweizisk civillag, 15, 52
sedvaneregler, 23, 24, 29, 44, 45, 46, 55, 91
Segerstedt, 39, 109
semantik, 108—123
social rätt, se rätt
social teknologi, 94, 98, 99, 102
sociologisk juridik, 65, 88, 91—94
sofisterna, 19
Somló, 142
språkbruk, allmänt, 122, 128 ff.
—, juridiskt, 122, 128 ff.
Stammler, 80
Stampe, 90
statsvilja, 67
statute law, 45
Stevenson, 96, 111, 116
stoikerna, 19
Stone, 20, 83
strikt tolkning, se lagtolkning
subjektiv lagtolkningsprincip, se lagtolkningsprincip
Sutherland, 142
suveränens vilja, 24, 29, 30

teleologisk juridik, 73, 82, 94
teleologisk lagtolkningsprincip, se lagtolkningsprincip
teleologiska överväganden, 72, 80, 85, 88, 106
teoretisk tolkning, se lagtolkning
Thibaut, 56, 128, 129
Thomas av Aquino, 20 f.
Thon, 68
Tolar, 17
tolkning, se lagtolkning
Tuhr, 90
typfall, 122

universellt giltig kärna, 69, 70
Uppsalafilosofien, 67, 103
Ussing, 139
utilism, 41, 73, 80

Wach, 128
vaghet, 121, 123, 131, 136
Vattel, 49
Wedberg, 76
Vigié, 49
vilja, se lagstiftarens vilja och suveränens vilja
viljeteorier, 67
Williams, 114, 119, 122
Vindiciae contra tyrannos, 23 f.
Windscheid, 72
värderande tolkning, se lagtolkning
värderingar, etiska och politiska, 29, 55, 71, 72, 74, 77, 79, 81, 85, 86, 87, 91, 100, 102, 104, 133, 135, 141

Uppsala 1952. Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB 516789